

# Participación de los ciudadanos en gestión de conflictos\*\*

## Citizen participation in conflict management

### SUMARIO

Introducción. 1. Conflictos. 1.1. Elementos del conflicto. 1.2. Otros aportes del estudio de los conflictos al cambio de paradigma. 2. Las formas de regulación social y gestión del conflicto. 2.1. Gestión directa. Autocomposición. 2.2. Formas de regulación comunitaria: gestión comunitaria. Institucionalización del conflicto. Instituciones endógenas de gestión del conflicto. Justicia comunitaria. 2.3. Regulación del Estado: gestión institucional. 2.3.1. Instituciones exógenas de gestión de conflictos. 2.3.2. Gestión judicial. 2.3.3. Valoración de la juridicidad. 2.4. Mercado como forma de regulación social. 2.5. Gestión violenta. 2.6. Áreas de caos sin gestión ni regulación. 3. Gestión jurídica. 3.1. Problema jurídico, panorama en Colombia 3.2. Necesidades jurídicas. Los litigios. 3.3. Reflexión sobre la pirámide de litigiosidad. 4. Línea de acceso a la justicia sustentada en la autonomía de la voluntad. “Alternativa al sistema formal” por intervención de particulares. Elementos de justicia restaurativa, reconciliación. 5. Acceso a la justicia formal. 5.1. Trámite administrativo. 5.2. Necesidades Jurídicas Satisfechas. 5.3. Necesidades Jurídicas Insatisfechas: resignación. Demanda no regulada. Demanda no reconocida o no expresada. Decaimiento. Barreras de acceso. Victimización. Impunidad. Explosión de litigiosidad. Litigiosidad en fuga. Conclusiones y propuestas.

### RESUMEN

Ante el colapso del sistema judicial en Colombia, desde hace dos décadas se aceptó que los particulares participaran en la administración de justicia con el propósito de descongestionar los despachos judiciales.

\* Docente, investigador académico en temas relacionados con la gestión del conflicto por medios pacíficos, políticas de acceso a la justicia y sociología jurídica. Actualmente candidato a doctor en Ciencias Sociales, del Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada. DEA 2009 “Las necesidades jurídicas. Un estudio a la luz del Desarrollo a Escala Humana”. Abogado y especialista en Resolución de Conflictos de la Universidad Externado de Colombia, con quince años de experiencia en trabajo comunitario en comunidades vulnerables, sector público (Justicia) y cooperación para el desarrollo. Contacto: [hector.vargas@uexternado.edu.co].

\*\* Fecha de recepción: 6 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Vargas Vaca, H. “Participación de los ciudadanos en gestión de conflictos”, *Revista Derecho del Estado*, N° 13, 2013, pp. 297-346.

Ahora bien, gracias a las recientes metodologías de identificación de “necesidades jurídicas” sobre las que hemos investigado, es posible detectar los problemas de la justicia desde el punto de vista del usuario, permitiendo conocer lo que hace realmente el ciudadano con su conflicto; se evidencia así que son los particulares quienes por medio de la regulación comunitaria y de “acuerdos directos” asumen la mayor parte de los problemas jurídicos. Los pleitos que entran al sistema judicial son una minoría, y gran parte de los litigios que el sistema rechaza se descarga sobre el poder ejecutivo, asumiendo este una competencia que constitucionalmente no le corresponde para tomar decisiones de fondo.

Pero el principal reto para el sector justicia está en el 50% de problemas jurídicos donde se observan fenómenos como la resignación, la demanda no regulada o la no expresada. Se trata de un área de caos que cuestiona el papel de todas las instituciones e invita a replantear la administración de justicia, a promover todos los esfuerzos para proveer una arquitectura jurídica más diligente e institucionalizar buenas prácticas donde los ciudadanos se involucren.

#### PALABRAS CLAVE

Paz, conflicto, modalidades alternativas de solución de conflictos, MASC, solución de conflictos, administración de justicia, juez no profesional, acción judicial, acceso a la justicia, justicia restaurativa.

#### TEMAS ESPECIALIZADOS

Formas de regulación social, gestión de conflictos, problemas jurídicos, pirámide de litigiosidad, autonomía de la voluntad, necesidades jurídicas.

#### ABSTRACT

Given the collapse of the judicial system in Colombia, for two decades it has been accepted that individuals have been allowed to participate in the administration of justice for the purpose of alleviating congestion in the judicial offices.

However, thanks to recent methodologies for identifying “legal needs”, which we have investigated, it is possible to detect the problems of justice from the point of view of the user. This has allowed us to discover what citizens really do in the face of conflict, and it has provided evidence that individuals, making use of community regulation and “direct” civil agreements, are the ones who bear the brunt of most legal problems.

The number of lawsuits entering the justice system represents a minority, and a large percentage of those disputes rejected by the system are dealt with by executive authorities. In doing so, those authorities assume a jurisdiction which constitutionally is beyond their scope for this depth of decision-making.

The main challenge for the justice sector lies in the fact that around fifty percent of legal problems entail such phenomena as a feeling of resignation or claims that are unregulated or unreported. This is a chaotic situation that questions the role of all institutions. Moreover, it invites us to rethink the administration of justice and to promote all efforts aimed at providing a more diligent legal architecture and institutionalizing good practices to increase citizen involvement.

#### KEYWORDS

Peace, conflict, ADR, settlement of disputes, legal system, lay magistrate, legal action, access to the courts, restorative justice.

#### INTRODUCCIÓN

A continuación se presenta una reflexión que pretende poner en contexto la situación general del acceso a la justicia, para establecer objetivamente cómo es la participación de los ciudadanos en las prácticas de gestión de conflictos. Se explora, en los estudios para la paz, el paso conceptual de conflicto a litigio. Con apoyo en la sociología jurídica, se presentan las diversas formas de regulación social donde actúan el derecho y otras fuerzas sociales, y se analizan sus instituciones y operadores participantes. Sobre la base de las más recientes estadísticas, se desarrolla la idea de “problema jurídico”, para a partir de allí identificar “necesidades jurídicas” y diferentes fenómenos o vicisitudes del acceso a la justicia.

Todos los estudios académicos, la literatura jurídica y las normas sobre acceso a la justicia coinciden en que los ciudadanos pueden participar en las funciones de administración de justicia. Se cumplen dos décadas, luego de la promulgación de la Ley 23 de 1991, de desarrollo e impulso de métodos como el arbitraje, la conciliación en derecho y en equidad, adoptados para conjurar los problemas de congestión judicial.

La evolución nacional e internacional de los estudios para la paz y la resolución de conflictos, así como la mística de sus operadores, vinieron a demostrar que la actuación del ciudadano no solo es pertinente por razones de descongestión, pues es evidente que otras formas de gestionar el conflicto resultan útiles para acercar a las partes a decisiones más justas y con menores consecuencias o costos sociales.

El continuo crecimiento de la litigiosidad, producto del reconocimiento de nuevos derechos y de la materialización de la igualdad ante la ley, hace que el Estado pase de mantener el control de la actividad jurisdiccional a consolidar a la ciudadanía para convertirla en operadora jurídica de sus propios problemas.

Sin embargo, los resultados de la última gran encuesta nacional sobre necesidades jurídicas, hecha en octubre de 2012, demuestran que la participación de los ciudadanos atraviesa serios retos, principalmente porque los interesados buscan “autoridad” a la hora de resolver sus conflictos, y porque todo sistema jurídico de gestión de conflictos, tanto comunitario como formal, tiene unos requisitos de existencia, uno de los cuales es la coacción, que en el caso de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) se vincula a la coacción ofrecida por el sistema formal; si este no funciona, lo demás pierde su poder simbólico.

## I. CONFLICTOS

El aporte que se recibe del nuevo campo transdisciplinar de la “paz”, como tarea para superar los “conflictos”, exige a los operadores de justicia comprender que el mundo del litigio es apenas una parte del conjunto de múltiples dimensiones que los ciudadanos cotidianamente enfrentan. Todo investigador en ciencias sociales tendrá que ver con la gestión y transformación de conflictos como elemento trasversal de su especialidad, ya sea en las relaciones internacionales, la economía, las políticas públicas, la defensa, la psicología, la educación, la empresa, etc.

Sucede que la estructura institucional conseguida en la modernidad, como por ejemplo los Estados Nación o los sistemas de administración de justicia, ha resultado en algunas circunstancias inferior a los retos planteados por las escaladas de violencia que ocurren entre civilizaciones, bloques, países, etnias o comunidades. Justamente por ese desgaste institucional es que surgen o se revalorizan estructuras y formas de hacer que resultan eficaces para conseguir superar la barbarie. De esas buenas experiencias está construido el nuevo discurso del campo transdisciplinar de la paz y la gestión del conflicto<sup>1</sup>.

Así, a continuación se hacen unas breves referencias sobre el abordaje de los conflictos, por considerar que estas son un aporte para la gestión de los litigios. Se reitera que conflicto es un género, un conjunto mayor, y los asuntos jurídicos litigiosos son una especie o subconjunto que en la visión tradicional del derecho eran tarea exclusiva de operadores jurídicos, bajo competencias estrictamente regladas y con unos parámetros que garantizaban la legalidad y la garantía de otros derechos.

Ahora bien, las tendencias de la administración de justicia, en parte provocadas por la explosión de litigiosidad, hacen que hoy aun los bienes jurídicos más tutelados por el derecho público sean susceptibles de la intervención de ciudadanos para su gestión. Se está ante una tendencia exagerada y un desprendimiento de la función jurisdiccional. Tendencia que, si utiliza la desconges-

1 RAFAEL GRASA. *Cincuenta años de evolución de investigación para la paz, tendencia, propuestas para observar, investigar y actuar*, Barcelona, Generalidad de Catalunya, 2010, pp. 84-90.

tión como pretexto, constituye un reconocimiento de que la administración de justicia no cumple con la función social, a la vez que un desconocimiento de que el campo de actuación de los ciudadanos, primero, siempre ha existido, y segundo, tiene unos fines distintos a los que tiene el derecho, como veremos.

El análisis de un conflicto exige un enfoque diacrónico, que tenga en cuenta su historia y su evolución, y un enfoque sincrónico, que se preocupe por el instante en que se captura el hecho. No tener en cuenta estos dos ejes conduciría a una apreciación equívoca de la realidad. De allí los aportes hechos por algunos investigadores de la paz y los conflictos, como VICENÇ FISAS<sup>2</sup>, para quien abordar un conflicto es valorar sus antecedentes. Él utiliza la metáfora del árbol en la que solo vemos el tronco pero ignoramos el tamaño de las raíces.

Los conflictos tienen su propia dinámica, de ahí que no siempre las mismas conductas tengan la misma consecuencia. También existen causas que provocan la “escalada”, vinculadas con las frustraciones por no alcanzar objetivos o realizaciones, polarizaciones entre puntos de vista o formas de hacer, percepciones diferentes de la realidad, falta de comunicación o patologías.

Consecuente con lo anterior, FISAS también hace referencia a los “factores de aceleración”, e incluso degeneración en violencia; así como al surgimiento de rumores, de referencias a un vocabulario bélico, de la apología de la violencia, o de una opinión desinformadora, en cuanto componentes que alimentan el conflicto<sup>3</sup>.

Surgen entonces actores inseguros, que dan la apariencia de controlar la situación, pero en el fondo hay temor, hostilidad, inclinación al uso de la fuerza, imaginarios de enemigo y estereotipos que dificultan cada vez más las posibilidades de arreglo.

### 1.1. Elementos del conflicto

Ante todas estas emociones y sensaciones que se experimentan hay algunos autores que identifican el conflicto a partir de elementos característicos, como JUAN PABLO LEDERACH que se refiere a los siguientes: i) proceso, ii) personas y iii) problemas<sup>4</sup>. Por su parte, JOHAN GALTUNG lo relaciona con: i) conductas, ii) actitudes y iii) incompatibilidades<sup>5</sup>. Y J.P. BONAFÉ-SCHMITT, a su turno, alude a: i) agravio, ii) reclamación y iii) controversia.

2 “Conflicto [...] Es un ‘proceso interactivo’ que se da en un contexto determinado. Es una construcción social, una creación humana diferenciada de la violencia (puede haber conflictos sin violencia aunque no violencia sin conflictos), que puede ser positivo o negativo según se aborde o determine, con posibilidades de ser conducido, transformado y superado (puede convertirse en Paz) por las mismas partes con o sin ayuda de terceros, que afecta a las actitudes y comportamientos de las partes, en el que como resultado se dan disputas”: VICENÇ FISAS. *Cultura de paz y gestión de conflictos*, 5ª ed. Barcelona, Icaria, Antrazyt, Unesco, 2006, pp. 29, 30.

3 *Ibid.* p. 31.

4 JUAN PABLO LEDERACH. *Enredos, pleitos y problemas*, Bogotá, Editorial Clara, 1993.

5 GRASA. *Ob. cit.* p. 86.



Fuente: J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *Las justicias de lo cotidiano. Los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*, Laboratorio de Psicología Jurídica, San Sebastián, 1988.

Ante la existencia de un conflicto o agravio, como en este caso lo denomina BONAFÉ-SCHMITT, quien desde hace décadas analiza la situación de los sistemas judiciales, surge la reclamación, y tras ella la denominada controversia: este es el camino que recorre el conflicto en búsqueda de su solución<sup>6</sup>.

El litigio, como categoría del conflicto que es, también está caracterizado por tres elementos explicados en la teoría general del procedimiento: i) sujetos procesales, ii) afección de bienes jurídicos tutelados y iii) conflicto, cualificado por la pretensión y la resistencia-oposición, a lo que más adelante se hace referencia en detalle<sup>7</sup>.



VICENÇ FISAS va más allá, y considera que el conflicto puede darse cuando concurren los siguientes cinco elementos:

i) actores, ii) pleitos, iii) estructura de oportunidad, iv) interacción estratégica y v) dinámica del conflicto<sup>8</sup>. Curiosamente resulta un

6 JEAN PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, con la colaboración de C. GERARD, D. PICON y P. PORCHER, *Las justicias de lo cotidiano. Los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*, trad. y adaptación de F.J. CABALLERO HARRIET y A.I. IRIZAR GÓMEZ, Laboratorio de Psicología Jurídica, San Sebastián, 1988.

7 FRANCESCO CARNELUTTI. *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. Buenos Aires, Ejea, 1994, pp. 28 y ss.

8 "1. Los actores: Identificar los extremos, las partes y sus interrelaciones. Los eventuales fantasmas que en cuestión de abordaje pueden constituir la clave para el escalamiento o la buena gestión. Los diferentes medios de movilización en el evento en que se trate de una asunto colectivo.

"El nivel de compromiso con el conflicto, lo que significa la evaluación de opciones que se desprenden de la relación con la contraparte o alternativas que eliminan el conflicto mediante otras soluciones ajenas a la disputa.

"Reconocer la personalidad de los actores, la de sus dirigentes y el poder e influencia. Los roles de las instituciones involucradas, las relaciones con otras organizaciones nacionales e internacionales y la influencia de actores armados.

"2. Los conflictos, controversias o pleitos, etc.: El motivo de la controversia que puede suceder

pentágono, que a manera de metáfora se utilizará en este trabajo para representar el conflicto.

## 1.2. Otros aportes del estudio de los conflictos al cambio de paradigma

El primer aporte lo mencionamos arriba y tiene que ver con identificar que cuando hay un conflicto concurren más de tres cuestiones, en donde la estructura de oportunidad y la dinámica del conflicto hacen parte del análisis que un operador, gestor o transformador debe involucrar si lo que pretende es prestar un servicio. A continuación señalamos otros significados que traen la investigación para la paz y el campo transdisciplinar del estudio de los conflictos<sup>9</sup>.

– Gestión, transformación, resolución: son denominaciones de las diversas formas de abordaje que académicos y “facilitadores” usan, sin llegar a ponerse de acuerdo, para hacer referencia al proceso en el que participan. Unas

por el reparto de recursos escasos: Poder, patrimonio, territorio, prestigio, legitimidad, privilegios, sucesiones, cultura, etc.

“Presentarse por el desacuerdo sobre objetivos y medios: Entre extremistas y moderados o pesimistas y optimistas, entre los que quieren negociar y los que insisten en vencer. Sobre los valores: Definición de lo que está bien y está mal, lo importante. Sobre la identidad colectiva o sus amenazas.

“Existen litigios irracionales sin causa justificable: Sentimientos de odio y venganza, aprovechamiento de los juegos de poder motivados por: Frustración, sadismo, paranoia, fanatismo, masoquismo: Producto de un pasado mal asimilado, apertura de viejas heridas, reivindicación de situaciones violentas.

“Otros aspectos relacionados con la naturaleza del litigio: Suma de muchos litigios, asimetría entre las partes, el más débil se legitima con violencia (dificultad para emparejar la negociación). Incluso la necesidad de escalar el conflicto para sobrevivir u obtener reconocimiento.

“3. La estructura de oportunidad. Son las relaciones de poder entre las partes y a los factores del entorno favorables o desfavorables para la existencia del conflicto, desde el punto de vista jurídico se relaciona este concepto con el de juridicidad, que involucra la sensación objetiva y colectiva de injusticia o por el contrario la relativización de fenómenos que realmente son graves dentro del contexto de civilización y derechos pero que los ciudadanos ignoran en aras del mantenimiento de tradiciones o costumbres. También la estructura de oportunidad se refiere al uso de la violencia o arbitrariedad.

“La estructura de oportunidad se refiere a unos ingredientes como el tamaño de la comunidad involucrada, el territorio, la capacidad económica, el uso de armas la voluntad, el clima de tolerancia de la población, las obligaciones morales, el estatuto de legitimidad externa o interna o la capacidad de manipular opinión.

“4. Interacción estratégica: Se refiere a la posición de las partes frente al conflicto, las actitudes de los representantes en muchas oportunidades son el producto del contexto. La interacción de los representantes ante sus representados y de él frente al oponente.

“5. Dinámica del conflicto: ‘Sobrepasados los niveles de violencia debemos empezar a trabajar el mantenimiento de la paz y el seguimiento de los acuerdos. Una sociedad acostumbrada a prevenir proactivamente los conflictos, se transforma constructivamente. Mientras una sociedad que permite el uso de la violencia para la solución de los conflictos, difícilmente recupera el tejido social, y su trabajo por la pacificación es mayor’”: FISAS. Ob. cit. pp. 31-32.

9 GRASA. Ob. cit. pp. 83-91.

pueden ser sinónimo de otras, lo importante es que quieren matizar que su intervención busca algo más que un simple acuerdo entre partes. Para efectos de esta reflexión se selecciona un término que pretende ser genérico de todos los anteriores y a la vez busque ese principio de acercamiento, gestión<sup>10</sup>.

– Los conflictos no tienen una valoración negativa, por consiguiente, los nuevos modelos de gestión propugnan por desaparecer la denominada “suma cero”, tan característica del proceso judicial, y por orientar más bien el acuerdo hacia el mutuo beneficio.

– El manejo de la “asimetría” balance de poder entre las partes y la introducción de herramientas para su abordaje<sup>11</sup>.

– La nueva cultura de gestión del conflicto va de la mano del movimiento pacifista, de la eliminación de la violencia como recurso para adelantar reivindicaciones que en el fondo son justas.

– Los objetivos de la cultura de gestión de conflictos se orientan a la prevención e institucionalización de prácticas y experiencias, lo mismo que a la sostenibilidad de los acuerdos.

– Los estudios de gestión del conflicto se nutren de todo tipo de experiencias, curiosamente, de manera especial, de aquellas que carecen de instituciones de regulación, como por ejemplo los conflictos internacionales o interétnicos. Lo anterior hace que el campo de acción se prepare para intervenir incluso en circunstancia de violencia o escalada.

Como se ve, las investigaciones para la paz y la gestión de conflictos han desarrollado nuevo conocimiento y reconocido en prácticas ancestrales un saber hacer que las administraciones de justicia pueden plantearse incorporar. Este diálogo transdisciplinario es muy oportuno toda vez que en la teoría del derecho clásica hay también respuestas olvidadas que deben conversar con las actuales investigaciones académicas.

## 2. LAS FORMAS DE REGULACIÓN SOCIAL Y GESTIÓN DEL CONFLICTO

Con respecto a la “regulación” social, en la práctica se ve que los ciudadanos, al padecer un conflicto, soportan fuertes tensiones e influencias de regulaciones que se pueden reconocer en la trilogía desarrollada por De Sousa Santos

10 Hay más adjetivos para dar nombre al método que se usa para superar un conflicto:

Tratamiento: maneras o protocolos para comportarse y quedar de acuerdo.

Resolución: instrumento que hace desaparecer los síntomas.

Solución: hallar término a una asunto, desenlace de algo dramático.

Transformación: hacer cambiar de forma o convertir en otra cosa.

Conciliación: poner de acuerdo formas o doctrinas contrarias.

Reconciliación: hacer que se pongan de acuerdo pero que vuelvan a ser como antes.

Restauración: recuperar del estado de deterioro.

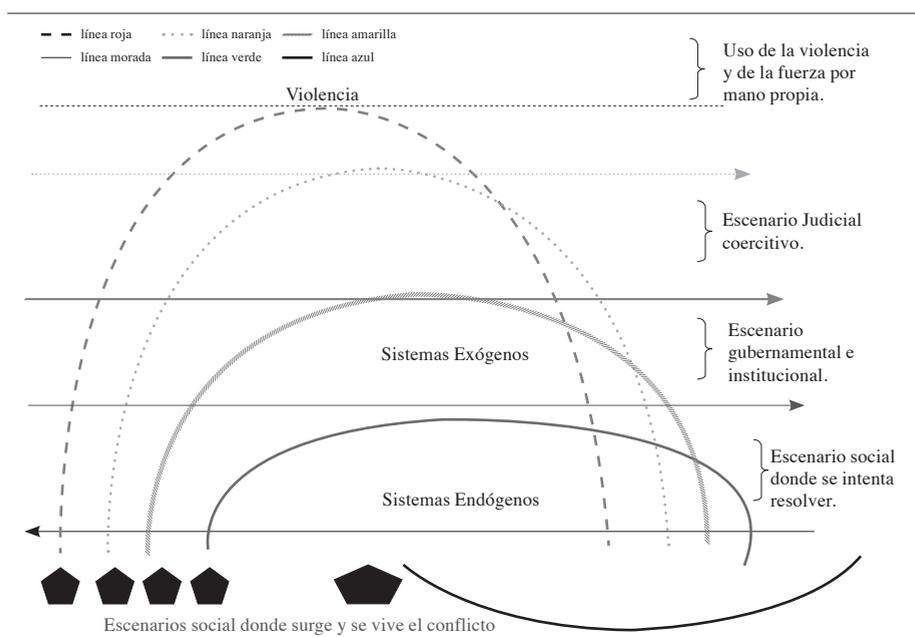
Mediación: intervenir para solucionar una discusión o problema.

11 JUAN PABLO LEDERACH. *Preparing for Peace: Confliction Transformation Across Cultures*, Syracuse University Press, 1995, p. 13.

y que para efectos de la presente reflexión se presenta así: i) comunidad: construcción y entendimiento de la interacción del individuo con sus redes más próximas; ii) Estado: construcción jurídica de un orden hegemónico y positivo, y iii) mercado: presencia de prácticas, costumbres o hábitos que se reproducen en y para el intercambio de bienes y servicios<sup>12</sup>.

En relación con la “gestión”, se supone que una de las funciones del Estado es la “resolución de conflictos”<sup>13</sup>, pero se comprobará que no es así, pues el panorama de la justicia que los modernos Estados se han empeñado en construir no satisface todas las expectativas sociales. Una de las razones que a la vez se convierte en principio aquí desarrollado, es la imposibilidad de los sistemas jurídicos para asumir toda la carga de conflictividad social. También ocurre que un exagerado institucionalismo formal ha hecho que la noción de administrar justicia sea cada vez más ajena a los ciudadanos y se convierta en un asunto de competencia exclusiva de funcionarios especializados.

El siguiente gráfico permitirá identificar todas las posibilidades que tienen los ciudadanos para encontrar una determinada regulación y gestión en el contexto de la sociedad:



Fuente: elaboración propia, a partir de VICENÇ FISAS, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, 5ª ed., Icaria, Antrazyt y UNESCO, Barcelona, 2006, p. 33.

12 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Sociología Jurídica para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 31, 32, 72, 88, 342, 344, 490.

13 J. ARNAUD y M. FARIÑAS DULCE. *Sistemas Jurídicos, Elementos para un Análisis Sociológico*, Madrid. U. C. III, 1996, pp. 134-135.

El gráfico es un mapa conceptual que representa las múltiples situaciones que en la vida cotidiana suelen convertirse en “conflicto” y, por tanto, requieren de un nivel de “gestión”.

En la parte inferior de la línea violeta se representa el escenario del “campo social” donde suceden las relaciones humanas, allí donde la especie interactúa cotidianamente, choca, se establece la vida de relación familiar, laboral, comunitaria, de intercambio económico y el entorno con la naturaleza.

### 2.1. Gestión directa

Los pequeños pentágonos son la representación del conflicto con todos sus elementos, como se desarrolló en el numeral (1.1), donde se trató la teoría del conflicto. Es natural que la mayoría de los conflictos se solucionen en ese mismo espectro, pues no afectan la vida de relación y suelen pasar desapercibidos, por lo que en la gráfica están representados por la curva azul, de modo que se diluye o resuelve sin trascendencia, dependiendo de la estructura de oportunidad, las condiciones de los actores y demás factores que inciden para que una situación cotidiana no degenera o presente una escalada.

Entonces se espera que las políticas educativas de la sociedad moderna preparen a sus ciudadanos en habilidades sociales para que respondan con “asertividad”<sup>14</sup> ante situaciones conflictivas. Se trata del desarrollo de “competencias ciudadanas”, para la gestión de los propios conflictos, definidas como “el conjunto de conocimientos y de habilidades cognitivas, emocionales y comunicativas que, articulados entre sí, hacen posible que el ciudadano actúe de manera constructiva en la sociedad democrática”<sup>15</sup>.

Lo esperado es que el ciudadano se encuentre preparado para responder a situaciones conflictivas o imprevistas, aproximarse a los conflictos y promover acuerdos directos. De no lograr ese nivel elemental, tendrá que empezar a reconocer en su entorno social, o “capital simbólico”, en términos de PIERRE BOURDIEU, las posibilidades de gestión, pues es allí donde los poderes de regulación aparecen.

Pero esa no es la suerte de todas las situaciones conflictivas; algunas requieren salir de su esfera propia y empezar a recorrer un camino cuyo recorrido, dependiendo de las redes sociales en las que los ciudadanos se encuentren

14 Asertividad proviene del latín *asserere*, *assertum* que significa afirmación de la propia personalidad, confianza en sí mismo, autoestima, aplomo, fe gozosa en el triunfo de la justicia y la verdad, vitalidad pujante, comunicación segura y eficiente. Cfr. M. RODRÍGUEZ ESTRADA y M SERRALDE. *Asertividad para negociar*, México, McGraw-Hill Professional Publishing, 1991, p. 1; disponible en: [<http://site.ebrary.com/lib/univgranada/Doc?id=10436506&ppg=18>], consultado el 25 de abril de 2013.

15 Ministerio de Educación Nacional de Colombia. *Competencias Ciudadanas*, Bogotá, citado en 2013, disponible en: [<http://www.mineducacion.gov.co/1621/w3-article-235147.html>. From].

involucrados, tardará más o menos en recuperar la forma y en encontrar una gestión satisfactoria para que las situaciones vuelvan a su cotidianidad, retornen nuevamente a su estado inicial o se acomoden.

### 2.1.1. Autocomposición

Una de esas formas de gestión es la que corresponde a esta denominación que el derecho procesal utiliza para referirse a los arreglos directos y privados que las partes han de utilizar para resolver sus diferencias. Los dos elementos más importantes de la autocomposición son: el objeto, pues se requiere que este sea de naturaleza transigible, y el acuerdo, al que se llega por voluntad expresa de las partes y en donde opera el consentimiento mutuo sin la imposición de un tercero o del Estado<sup>16</sup>.

Se incluye dentro del concepto de autocomposición a la mediación, la transacción y la conciliación, pues aunque intervenga un tercero, este no tiene poderes para imponer la decisión.

### 2.2. Formas de regulación comunitaria

En palabras de DE SOUSA SANTOS, la regulación comunitaria “[e]s el producto de sincretismos culturales: prácticas ancestrales con universalismos religiosos, de la ilustración y tradiciones ‘occidentales’. Hacen parte del poder regulador de la comunidad, todas aquellas micro instituciones que construyen normas sociales y hábitos de conducta, parámetros éticos o doctrinas religiosas o políticas como la iglesia, los partidos, sindicatos, asociaciones de vecinos, etc.”<sup>17</sup>.

Un aspecto relacionado con el poder regulador de la comunidad es el desarrollado por el denominado “Capital social comunitario” que, en términos de PIERRE BURDIEU, significa “[e]l agregado de los recursos reales o potenciales ligados a la posesión de una red durable de relaciones más o menos institucionalizadas de reconocimiento mutuo”<sup>18</sup>.

Se hace referencia a este término y a este autor porque una de las intenciones de la presente reflexión es visibilizar “instituciones” de orden comunitario que gestionan conflictos. De hecho, se confirma que ninguna institución de construcción social existe si no hay un fuerte proceso de inversión de capital social.

#### 2.2.1. Gestión comunitaria

En este orden de ideas y prosiguiendo la explicación del mapa conceptual, las curvas de colores representan las diversas posibilidades que un conflicto

16 FRANCESCO CARNELUTTI. *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. I, Buenos Aires, Ejea, 1994, pp. 28 y ss.

17 DE SOUSA SANTOS. Ob. cit. p. 32.

18 JOHN DURTOL. *¿Qué es el capital social comunitario?*, Cepal, Santiago, 2000, p. 8.

tiene para solucionarse, siendo la verde el escenario social más próximo al que se vive el conflicto; en él los actores pueden encontrar aliados estratégicos que inciden para solucionar sin más complicaciones, esto dependiendo del conflicto pero también de la red de apoyo con la que cuenta el ciudadano afectado. Lo anterior, partiendo de la premisa de que todo aquello que la administración del Estado no prohíbe le está permitido al ciudadano en aras de su libertad y autonomía, en este caso para construir acuerdos o preceptos que le sirven de ley.

### *2.2.2. Institucionalización del conflicto*

La institucionalización del conflicto se presenta cuando las personas que tienen un conflicto buscan ayuda para resolverlo, rompiendo la esfera íntima para someter la situación a un escenario institucional, en donde sobre dicha situación actúan los tres poderes de regulación: la comunidad, con sus usos, costumbres y redes de apoyo, en la iglesia, el barrio, el gremio, la familia o institución; el mercado, con la valoración económica de la situación, la estimación de la relación costo-beneficio, las alternativas y oportunidades de riesgo y de negocio; y, finalmente, la regulación del Estado, circunstancia en la que se revisa el discurso oficial para hallar derechos y se involucra a los operadores jurídicos.

#### *– Instituciones endógenas de gestión del conflicto*

Por “instituciones endógenas” se entenderán aquellas estructuras que por antonomasia fueron construidas por la propia comunidad para la gestión de conflictos. Dicho de otra manera, el poder de regulación del Estado de derecho escapó a ciertas conflictividades que encontraron gestión en estructuras sociales consolidadas a través del tiempo<sup>19</sup>.

Ejemplo de ellos son: el sistema de compensación de la justicia Wayúu, los consejos comunitarios de las comunidades afrocolombianas de Colombia, el Tribunal de Aguas de Valencia (España), los jueces de paz de Perú. Son estos algunos ejemplos de sistemas endógenos de justicia que se caracterizan por: i) coexistir en medio de un derecho hegemónico oficial; ii) desarrollar un alto

19 “Es por medio de la costumbre que la acción social se encamina de manera que logran imponerse dentro de la sociedad ciertas dinámicas que la gobiernan, es lo que se denomina el principio de regulación de la comunidad, que junto con el principio de regulación del Estado y el mercado son los principales pilares de emancipación y regulación de toda sociedad. El principio de comunidad implica la obligación horizontal que relaciona entre sí a los individuos según criterios de pertenencia que no se refieren al Estado ni al mercado. Estabiliza expectativas al definir qué puede esperar o alcanzar un grupo particular colectivamente, dentro de los límites políticos fijados por el Estado y por fuera o más allá de cualquier obligación de mercado”: DE SOUSA SANTOS. Ob. cit. p. 32.

grado de institucionalidad, lo que implica un uso frecuente entre los miembros de la comunidad; iii) lo más importante, la participación de ciudadanos sin injerencia de la burocracia, la retórica o la coacción oficial; y, iv) la coacción frente al incumplimiento.

En alguna medida los sistemas jurídicos actuales son instituciones endógenas de justicia respecto de los pueblos que las construyeron: así el *common law* respecto de Inglaterra, o el sistema romano-germánico respecto de Francia, Alemania, Italia y España<sup>20</sup>. Sistemas que iniciaron como prácticas de regulación rupestres y que hoy en día se universalizaron bajo la noción de Estado-Nación, imponiéndose por sobre otros órdenes de regulación que, en palabras de DE SOUSA SANTOS, en su momento fueron considerados inferiores, como por ejemplo la familia, la iglesia, las asociaciones profesionales o voluntarias<sup>21</sup>.

La hipótesis que se plantea en este análisis es que los sistemas jurídicos ancestrales que aún perviven, a pesar de la coexistencia de un derecho hegemónico, tienen la capacidad de ser más eficaces en términos de confianza, legitimidad y cumplimiento de regulaciones sociales.

### 2.2.3. Justicia comunitaria

Este es un concepto de reciente uso y desarrollo académico, y en su sentido más puro se utiliza para referirse a las dinámicas de administración de justicia que se desarrollan en comunidades muy localizadas; la justicia indígena la ubicamos en este gran grupo, pero también la justicia gitana, la justicia popular en Sudáfrica, los consejos comunitarios del Chocó en Colombia, etc.<sup>22</sup>.

Sucede que el concepto se estrangula para involucrar en él las prácticas de gestión del conflicto que adelantan los ciudadanos a partir del uso de los denominados Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), o bien la aplicación de modelos foráneos como el de Justicia de Paz en Colombia, que es una imposición artificial traída del sistema ancestral peruano.

Mas para efectos de esta reflexión se propone reservar el concepto de “justicia comunitaria” exclusivamente para las instituciones de carácter ancestral, en tanto las otras instituciones de carácter “exógeno” merecen una consideración diferente, eso sí, no menos importante, pues en ellas se ha consolidado un saber hacer, con nuevas construcciones de escenarios ciudadanos donde el conflicto pueda encontrar mejores posibilidades de gestión.

20 G.R. SÁNCHEZ. Elementos formativos del derecho en Europa: germánico, romano, canónico, I. d. Román, Granada, 1975, p. 355.

21 DE SOUSA SANTOS. Ob. cit. p. 32.

22 ÉDGAR ARDILA. *¿A dónde va la justicia en equidad en Colombia?*, C. Región, Bogotá, 2006, p. 94.

Junto con el concepto de “justicia comunitaria” surge también el de “justicia en equidad”: “lo esencial es que la equidad hace relación a la búsqueda en un ejercicio de administración de justicia en cada caso, de una justicia justa. Es decir a la relación entre administración de justicia y la realización de unos valores considerados supremos en la vida social”<sup>23</sup>.

El anterior concepto no es lo suficientemente claro; puesto que la noción de equidad es más una referencia a la fuente jurídica que el operador acoge para construir una decisión “justa”, la justicia en equidad se diferencia de la “justicia en derecho”, que es aquella basada en la tópica construida a través del sistema positivo. En el ordenamiento jurídico español y colombiano la equidad es un principio constitucional que sirve al operador para aproximar su decisión lo más justo posible en cada caso concreto<sup>24</sup>.

Mientras la justicia en derecho moderno exige que el operador sea una persona experta, el operador de la justicia en equidad no tiene por qué acreditar una cualificación especializada, lo cual no significa que no deba ser poseedor de cierto reconocimiento y conocimiento de las normas sociales presentes en su comunidad y de las particularidades especiales de cada caso.

### *2.3. Regulación del Estado*

El derecho moderno se funda en la “legitimidad”, requisito sin el cual carecería de espíritu; y en la coerción, requisito sin el cual carecería de fuerza. Se funda también en los poderes constituidos e independientes, que garantizan la promulgación de normas, la ejecución administrativa y el control judicial de las mismas.

Desde un punto de vista sociológico, la continua institucionalización del Estado con todos sus elementos construye o crea el derecho mayoritario y positivo, por medio del cual se regulan verticalmente las relaciones entre ciudadanos. La anterior pretensión incluye, involucra o reconoce otros sistemas jurídicos que también han regulado la vida de comunidades indígenas, y artificialmente reconoce otras jurisdicciones, permitiendo que particulares construyan acuerdos basados en la autonomía de la voluntad, incluso con alcance de cosa juzgada, o por medio de procedimientos judiciales.

#### *2.3.1. Gestión institucional de la administración del Estado*

Siguiendo con el mapa conceptual, la línea amarilla representa la oportunidad en el ámbito de lo gubernamental, donde las instituciones del Estado de derecho pueden brindar un apoyo no coercitivo pero sí “persuasivo”, como

23 ARDILA. Ob. cit. p. 54.

24 MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ. *Criterios para la solución de conflictos de intereses*, cap III, “Aspectos generales de la equidad”, pp. 71-91.

lo llamaría BONAFÉ-SCHMITT cuando afirma que “el derecho no desaparece el conflicto del contexto social, sólo actúa con cierta capacidad de persuasión” lo institucional incluso lo comunitario donde se aplican la mediación o la conciliación extrajudicial.

Como ya se ha dicho, un conflicto puede tener o no tener lugar dependiendo de factores relacionados con el contexto, la dinámica y las posibilidades que existen para hacer efectiva tanto la reclamación como el surgimiento de la controversia. “El derecho no desaparece el conflicto del contexto social, solo actúa con cierta capacidad de persuasión”<sup>25</sup>.

### – Instituciones exógenas de gestión de conflictos

Son aquellas instituciones de gestión de conflictos con carácter artificial, no construidas por la sociedad, que bajo un ejercicio de dominación sobre la sociedad pretenden ser impuestas en un determinado contexto, motivadas por el principio de regulación del Estado y/o del mercado. Un ejemplo de ello son los Mecanismos Alternativos de Gestión del Conflicto (ADR, por sus iniciales en inglés)<sup>26</sup>.

#### 2.3.2. Gestión judicial

“Donde no hay conflicto de intereses no tiene función el derecho”<sup>27</sup>. La línea naranja del mapa conceptual representa el nivel más especializado, el de la judicialización de los asuntos, aquel donde se dirimen las situaciones con la intervención de un juez. Según los principios generales del procedimiento, puede ser voluntaria, cuando busca la prevención de eventuales litigios, declarativa o inquisitiva, dependiendo de la autonomía de la voluntad, del grado de afectación y del “interés” de protección de bienes jurídicos que no solo afectan a las partes sino al conjunto de la sociedad.

Todos los sistemas judiciales del mundo son caóticos y presentan tendencia a la congestión, salvo en países desarrollados, culturalmente homogéneos, con

25 BONAFÉ-SCHMITT. *Las justicias de lo cotidiano. Los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*, San Sebastián, Laboratorio de Psicología Jurídica, 1988.

26 Los términos endógenos o exógenos son incorporados a este trabajo de manera inédita con el propósito de lograr una clasificación que permita diferenciar algo que resulta muy relevante a la hora de analizar la construcción de estas instituciones de justicia. Lo anterior, teniendo en cuenta que no es lo mismo hablar de instituciones “ancestrales” que a través de fuertes procesos de institucionalización hoy logran un nivel sorprendente de cohesión social, como es el caso del Tribunal de Aguas de Valencia o la justicia ancestral del litoral Pacífico de Colombia, que pretender desarrollar una política pública de mediación a partir de un mandato oficial que, aunque legítimo, es artificial y extraño a sus destinatarios; aunque son instituciones que comparten elementos comunes, el estudio de sus elementos característicos es lo que permitirá desarrollar un nuevo conocimiento para fortalecer nuevos escenarios de justicia.

27 FRANCESCO CARNELUTTI. *Teoría General del Derecho*, Granada, Comares, 2003, p. 59.

muy poca población, como Suecia o Nueva Zelanda; ninguno resuelve todos los “problemas jurídicos” y, como se reitera, tampoco tiene por qué hacerlo. “El ordenamiento jurídico, cuyo mayor mérito debiera ser la simplicidad, ha venido a ser por desgracia un complicadísimo laberinto en el cual, a menudo, ni aquellos que deberían ser los guías, consiguen orientarse”<sup>28</sup>. Esta lapidaria frase de CARNELUTTI anuncia que el “interés” por resolver un conflicto ante los jueces no siempre es garantía de justicia.

En principio, todos los asociados tenemos la posibilidad de acceder a dirimir un conflicto mediante la gestión jurídica, pero se demostrará que acceder a este nivel requiere de unas condiciones especiales de ciudadanía a las que no todos tienen acceso. Más adelante, en el numeral (3.) se abordarán con detalle todas las circunstancias relativas a este tipo de gestión.

#### – *Valoración de la juridicidad*

CARNELUTTI reconoce que la valoración de la juridicidad “es un modo de ser relativo o interno de las personas”<sup>29</sup>. Según él, este modo corresponde a una fotografía de una situación jurídica que involucra: físicamente, a las personas; económicamente, un conflicto de intereses, y psicológicamente, un poder o un deber<sup>30</sup>. Existe un momento en que el ciudadano tendrá que hacer una valoración interna, de manera que de acuerdo a su contexto y conocimiento determine o sienta que la situación es injusta y que necesita de apoyo, acompañamiento o asesoría para iniciar la reclamación<sup>31</sup>. Puede ocurrir que el problema que padece el ciudadano no se encuentre regulado por el ordenamiento legal (demanda no regulada), cuestión que será desarrollada más adelante. Como también puede ocurrir que el ciudadano ignore que existe en el ordenamiento jurídico la protección jurídica suficiente para una situación que le ocurra (demanda no expresada o no reconocida).

También ocurre que “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”, principio que obliga a los ciudadanos a comprender sus derechos, pero esto mientras los

28 FRANCESCO CARNELUTTI.. *Cómo nace el derecho*, Buenos Aires, Ejea, 1959, p. 66.

29 CARNELUTTI. *Ob. cit.*, p. 152.

30 *Ibid.*, p. 151.

31 “Juridicidad: Tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en asuntos políticos y sociales”, disponible en [<http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres>], citado el 28 de abril de 2013.

Juicio de valor, que califica la conducta como regulada por el derecho o amparada por la justicia. Dependiendo del concepto de derecho que se aplique, es sinónimo de ‘justo’ (si se piensa que derecho y justicia son esencialmente iguales) y ‘lícito’ (si se concibe sin una connotación de ataque a la moral, además del derecho). Tradicionalmente, se ha concebido la juridicidad como lo que va conforme a derecho. Esto se da por una necesidad lógica para que una acción pueda ser clasificada como lícita (adecuada a la norma jurídica que la regula) o como ilícita (violatoria de la norma jurídica).

Estados cada vez desarrollan más normatividad y regulan más las actividades, lo que hace que cada día resulte más complicado comprender la totalidad del ordenamiento. Advierte CARNELUTTI que no solo los juristas deben conocer la ley para actuar sobre los litigios presentes, y en aras de la prevención afirma: “Después de todo, una cierta educación jurídica extendida a los no juristas, es un medio para combatir las dos plagas sociales que son la delincuencia y la litigiosidad”<sup>32</sup>.

#### 2.4. Mercado como forma de regulación social

Es imposible separar del análisis las implicaciones que tiene el “mercado” como factor de regulación transversal a todas las formas de gestión del conflicto y de regulación de la sociedad. El “mercado” son las “relaciones mutuas autointeresadas, promovidas por agentes localizados y globalizados”; su acción promueve una serie de situaciones que en términos de conflictos puede promover o por el contrario reducir el volumen de conflictividad, además de convertirse en un potente regulador de la vida social. De este factor también depende la valoración de costos que las partes hacen del conflicto, así como la decisión de gestionarlo o no, como lo demuestra el teorema de RONALD COASE<sup>33</sup>.

En la obra general de CARNELUTTI también hay referencia a la economía; de hecho sugiere que las necesidades tienen diversas formas de satisfacción por medio de bienes que para los ciudadanos presentan el carácter de “utilidad”, y que solo existirá un conflicto si las partes tienen “interés”<sup>34</sup>. Cuando no existe interés se entiende que las partes dejan ese conflicto al arbitrio del mercado. Esto fue demostrado empíricamente en la última encuesta sobre necesidades jurídicas en Colombia, donde el 37% de la población general que tenía un problema jurídico prefirió no hacer nada por considerar que no es un asunto que se deba solucionar por la justicia<sup>35</sup>.

#### 2.5. Gestión violenta

Continuando con la explicación del mapa conceptual, en la línea roja, que representa el uso de la violencia como medio para solucionar los conflictos,

32 CARNELUTTI. Ob. cit., p. 15.

33 RONALD COASE. “Costo social del conflicto”, *The Journal of Law and Economics*, E. P. SOCIAL, Producer, octubre de 1960, pp. 1-44, disponible en [<http://www.eumed.net/curseon/textos/coase-costo.pdf>], citado el 28 de abril de 2013.

34 CARNELUTTI. Ob. cit., p. 49.

35 Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, agosto de 2013, tablas de Excel de poblaciones general, extrema pobreza, discapacidad, usuarios de la conciliación y empresarios, pregunta 9; disponible en [<http://encuestaminjusticia.co/index.php/instrumentos/1/89-encuesta/135-resultados-cuantitativos-de-la-encuesta>], citado el 28 de agosto de 2013.

si se observa la distancia que existe entre reparar un conflicto en el ámbito más próximo al ciudadano (situación más deseable) y la distancia en términos de reparación cuando se buscan soluciones violentas, se aprecia que las posibilidades de recuperación de un conflicto cuando intervienen los órganos coercitivos del Estado, o lo que es peor, el uso de la violencia y de la fuerza, dificulta más su reparación.

En este punto es útil referirse a la “resiliencia”, término utilizado en física y que, aplicado a las ciencias sociales, permite entender que las personas e incluso las comunidades tienen mejor capacidad de recuperar su vida cotidiana después de sufrir una situación conflictiva o violenta gracias a la intervención de múltiples factores: la actuación de redes sociales de apoyo, la preparación y madurez de los implicados, la intervención de servicios sociales o la intervención coercitiva de las autoridades del Estado.

## 2.6. *Áreas de caos sin gestión ni regulación*

Cuando se realizan este tipo de análisis, pasa inadvertida la posibilidad de que los ciudadanos no hagan nada, dejen así, se resignen y soporten estoicamente las consecuencias de un conflicto que supone una alta o mediana afectación, a pesar de lo cual no existe “interés” en gestionar o reclamar. Ya no se trata de que el mercado u otra forma de regulación actúe. Se trata de una extensa base de marginalidad, pérdida o deterioro de las instituciones estructurales de la democracia, desinformación y ausencia de pedagogía de los derechos.

Respecto de estas situaciones de caos CARNELUTTI decía: “El secreto del derecho está precisamente en esto, que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran. Como la guerra se resuelve en el desorden así el orden se resuelve en la paz [...]. Lo que pone fin a la guerra es el *pactum*; y la raíz de pacto es *pax*”<sup>36</sup>.

Esta referencia a las áreas de caos no sería puesta en consideración si no fuera porque la mencionada encuesta sobre necesidades jurídicas muestra que el 51,9% de la población general no hace nada para resolver sus problemas jurídicos, en donde se trata de conflictos de toda índole, familiares, vecinales, penales, civiles, asuntos con el Estado, etc.<sup>37</sup>. No se deja de acudir a la justicia por descontento con las autoridades del sector justicia, sino por el total desconocimiento de su existencia. Aspecto que debe prender todas las alarmas

36 FRANCESCO CARNELUTTI. *Cómo nace el derecho*, Buenos Aires, Ejea, 1959, p. 22.

37 Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, agosto de 2013, tablas de Excel de poblaciones general, extrema pobreza, discapacidad, usuarios de la conciliación y empresarios, pregunta 2 de la matriz; disponible en [<http://encuestaminjusticia.co/index.php/instrumentos1/89-encuesta/135-resultados-cuantitativos-de-la-encuesta>], citado el 28 de agosto de 2013.

de la comunidad jurídica para activar todos los medios institucionales a fin de gestionar los problemas jurídicos de semejante marginalidad.

En conclusión, en lo que se refiere a las formas de regulación, Estado, mercado y comunidad son principios de regulación social, y los tres principios de regulación se tocan, cruzan, chocan y cambian constantemente. Estos elementos permiten entender el papel que juega la administración de justicia y la influencia que recibe de las sinergias espontáneas de la comunidad y el mercado ante la imposibilidad del poder regulador del Estado de controlar toda dinámica de la sociedad.

### 3. GESTIÓN JURÍDICA

#### 3.1. Problema jurídico

Hay situaciones contenciosas que tienen relevancia jurídica, llamadas por la globalizada literatura jurídica con el término “problemas jurídicos”; es esta una categoría de conflictos y también una categoría de hechos jurídicos que se propone para matizar un punto intermedio que hay entre el conflicto en general y el litigio en particular<sup>38</sup>.

AQUILES ARRIETA se refiere al problema jurídico como una categoría dentro del “derecho operativo”, considerando que es una metodología que ayuda a analizar el caso, a dar una calificación jurídica y a plantear una pregunta que se resuelve con sí o no; se define en la siguiente fórmula: “Es una tensión de razones, fundadas en referentes jurídicos (normas, principios, decisiones, jurisprudencia, depende del sistema), en torno a una pretensión”.

Parafraseando a ARRIETA, esta técnica o metodología de análisis obliga a ver en ambos extremos del conflicto los diferentes argumentos que se están exponiendo, para que sean analizados por los diferentes operadores que intervienen, siendo una la perspectiva del abogado y otra la del juez. Plantear el problema jurídico es ver un enfrentamiento de razones, lo que hace que el juez construya una razón de segundo nivel, razón del juez que equivale a responder a la pregunta<sup>39</sup>.

Es debido a las contingencias e incertidumbres que existen para la gestión de “problemas jurídicos” que los sistemas judiciales tienen dificultades para la prestación del servicio. El sector justicia no es comparable con otros sectores del Estado; por ejemplo, en el sector educación se establece la oferta

38 Tener un “problema jurídico” no equivale a tener una necesidad jurídica, porque depende de las vicisitudes que el afectado tenga en la gestión de la reclamación.

39 AQUILES ARRIETA. “Problema jurídico”, entrevista programa de radio *Derecho a la Carta*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, capítulo 56 del 28 de mayo de 2013, disponible en [[http://www.spreaker.com/show/derecho\\_a\\_la\\_carta?error=access\\_denied&error\\_code=200&error\\_description=Permissions+error&error\\_reason=user\\_denied](http://www.spreaker.com/show/derecho_a_la_carta?error=access_denied&error_code=200&error_description=Permissions+error&error_reason=user_denied)], citado el 29 de junio de 2013.

de docentes e infraestructura necesaria para las próximas generaciones. Y, conociendo la demografía, el sector salud pueden determinar parámetros para calcular el número de médicos o especialistas que se requieren, o las enfermedades más comunes.

Pero los servicios de justicia tienen particularidades que los hacen especiales en su manejo, dependiendo mucho más del contexto en que se vive el conflicto y del interés que las partes exhiben a partir del mismo, que de la especialidad de un funcionario o de su capacidad para interpretar normas jurídicas.

Desde la doctrina del derecho, el concepto de “problema jurídico” se puede ubicar como una categoría de “hechos jurídicos” en la tradicional clasificación del derecho civil, con la particular especificidad que supone un pleito o litigio con extremos definidos (demandante o demandado). A manera de ejemplo, el nacimiento, la adopción o una compraventa son hechos jurídicos de diferente índole, lo que quiere decir que el Estado ha dado a esas situaciones una regulación, garantizado derechos y consecuencias jurídicas; hay, por tanto, relevancia jurídica.

Los anteriores ejemplos, por sí mismos, no son situaciones contenciosas de relevancia jurídica, como se confunde en algunos estudios<sup>40</sup>. El nacimiento es un hecho natural o común, la adopción es una institución regulada por el Estado, la compraventa, un contrato tipificado. Si en alguno de los anteriores ejemplos se producen situaciones contenciosas en las que chocan intereses contrapuestos y estas situaciones no se logran dirimir directamente entre los interesados, surge entonces lo que se denomina “problema jurídico”.

### *3.2. Panorama de los problemas jurídicos en Colombia*

La siguiente tabla es el producto de varios cruces de información, obtenida de los microdatos y tablas arrojados por la primera “Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas” aplicada en octubre de 2012 y publicada en agosto de 2013. Si se lee de abajo a arriba, se observa que en la base de la tabla, a la derecha, se hace referencia a tres poblaciones: general, pobreza extrema y empresas, y vemos que a partir del 100% de los problemas jurídicos, a medida que se sube, disminuye el porcentaje de problemas jurídicos que tienen acceso a servicios de justicia.

40 Fedesarrollo para el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Desarrollo de una metodología para la identificación de Necesidades Insatisfechas de Resolución de Conflictos (NIRC), 27 de junio de 2008, p. 11, disponible en [[http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Desarrollo-de-una-metodolog%C3%ADa-para-la-identificaci%C3%B3n-de-NIRC-Informe\\_Final\\_NIRC\\_Junio\\_27.pdf](http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Desarrollo-de-una-metodolog%C3%ADa-para-la-identificaci%C3%B3n-de-NIRC-Informe_Final_NIRC_Junio_27.pdf)], citado el 1° de mayo de 2013.

|                                                                                                                                                                                                      |                   |                 |          |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|-----------------|----------|
| Acudió a un juez de paz                                                                                                                                                                              | 1,2%              | 0,8%            | 0,1%     |
| Acudió a jueces formales (litigio)                                                                                                                                                                   | 1,2%              | 1,4%            | 5,8%     |
| Contó con asesoría de abogados                                                                                                                                                                       | 10,0%             | 7,5%            | 20,0%    |
| Acudió a otros particulares                                                                                                                                                                          | 6,6%              | 10,6%           | 4,9%     |
| Concilió o usó la conciliación o MASC                                                                                                                                                                | 9,4%              | 10,7%           | 12,3%    |
| Acudió a autoridades administrativas                                                                                                                                                                 | 24,8%             | 27,0%           | 52,2%    |
| Celebró con la contraparte un “arreglo directo”                                                                                                                                                      | 34,0%             | 31,3%           | 17,6%    |
| Resignación: no hace nada porque no tiene los medios o las pruebas                                                                                                                                   | 51,9%             | 66,7%           | 23,0%    |
| Proyección de población que padece “problemas jurídicos” en el ámbito de pareja, familiar, vecinal, laboral, educativo, penal, salud, civiles, de libertades y derechos, de hábitat y con el Estado. | 100%              | 100%            | 100%     |
| * Un encuestado puede no tener problemas jurídicos o tener varios. El servicio de MASC lo pudo recibir de cualquiera de los operadores: particulares, administrativos o judiciales.                  | Población general | Extrema pobreza | Empresas |

Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, Bogotá, agosto de 2013. Cruces de microdatos y tablas de excel de poblaciones general, extrema pobreza, discapacidad, usuarios de la conciliación y empresarios. Disponible en: [<http://encuestaminjusticia.co/index.php/instrumentos1/89-encuesta/135-resultados-cuantitativos-de-la-encuesta>], citado el 28 de agosto de 2013.

Se descubre por medio de la estadística: que la resignación es una cuestión estructural, cuestión que en caso de salir a flote no existiría capacidad institucional para gestionarla; que, sumados el acuerdo directo y el acudir a particulares, por esas vías se tramita el mayor porcentaje de problemas jurídicos; y, que la participación de los MASC, especialmente la conciliación, es verdaderamente relevante como medio de descongestión judicial.

Los autoridades del poder ejecutivo conocen de una cuarta parte de los problemas jurídicos de la población general y en extrema pobreza, y se encargan del 50% de los problemas de los empresarios; la asesoría de abogados es del 10% entre la población general, mientras los empresarios la reciben en un 20%. Finalmente, los jueces no tienen participación en este panorama, salvo respecto de los problemas jurídicos de los empresarios; por el contrario, sorprende la relevancia demostrada por la actividad de los jueces de paz. Los anteriores datos permitirán desarrollar diferentes análisis sobre los fenómenos de acceso a la justicia que se explican a continuación.

### 3.3. Necesidades jurídicas

En sentido sociológico, si se apela al poder de regulación del Estado se está entonces en presencia de una “necesidad jurídica” que requiere de la intervención de los administradores de justicia para ser resuelta o gestionada. Sin embargo, antes de que la causa llegue ante ellos puede ocurrir que previamente

haya sido tramitada por otros operadores de justicia que no tienen la categoría de administradores de justicia<sup>41</sup>. Son ellos todos los funcionarios del poder ejecutivo, como inspectores de policía, de tránsito, del trabajo, comisarios de familia, defensores de menores, fiscales, personeros, procuradores, defensores de oficio y demás que prestan servicios administrativos de justicia.

### 3.3.1. *Los litigios*

Nuevamente CARNELUTTI alumbró este camino al decir que el litigio es “el conflicto que estalla en una oposición de voluntades”<sup>42</sup>, y en la teoría del derecho procesal define litigio como “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro que versa sobre un bien jurídicamente tutelado”<sup>43</sup>.

Entonces, como su nombre lo indica, litigio es: “Juicio ante juez o tribunal, controversia, disputa, contienda, alteración de índole judicial”<sup>44</sup>. Es de suponer que en los Estados modernos corresponde al poder judicial la competencia exclusiva. Además, el litigio requiere de un letrado o abogado a quien se llevan los hechos y él, condecorador del procedimiento y del lenguaje jurídico, establece comunicación técnica con los jueces para obtener de ellos una decisión en firme.

En cambio, la palabra “conflicto”, para el derecho tradicional, es un género que no tiene el significado que los actuales estudios de resolución de conflictos le otorgan. De hecho, la sociología jurídica considera al litigio también una construcción social y le atribuye las mismas características que al concepto de conflicto expuesto.

41 Administradores de Justicia, según el artículo 116 de la Constitución Nacional de Colombia: artículo modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo n° 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

42 CARNELUTTI. *Teoría General del Derecho*, cit., p. 66.

43 FRANCESCO CARNELUTTI. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Uteha, 1994, p. 44.

44 [<http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres>], disponible en línea, 6 de abril de 2013.

### 3.4. Reflexión sobre la pirámide de litigiosidad

De Sousa Santos, al presentar la metáfora de la pirámide del litigio, reconoce la dificultad de cuantificar el fenómeno de “propensión al litigio”: “En cualquier caso la utilidad de este concepto y del indicador que la sustenta (la propensión al litigio) sólo es realmente significativa cuando es posible cotejar el conjunto de litigios judicializables que ocurren en una sociedad determinada, o incluso de las relaciones que los pueden originar. Sólo entonces se puede determinar con algún rigor el ámbito de la demanda potencial de la tutela judicial y la fracción de ella que se transforma en demanda efectiva. Esta investigación es muy difícil y muchas veces imposible”<sup>45</sup>.

Según argumentaba el autor en 2009, se puede conocer con certeza el número de litigios que son susceptibles de registro: “En estos casos es posible establecer lo que designamos por base de la pirámide del litigio. La misma dificultad existe en la determinación de las situaciones de litigio. En este ámbito, sólo mediante entrevistas u otras metodologías indirectas es posible tener una idea aproximada del nivel global del litigio en una sociedad global determinada”. “Sólo a partir de un conocimiento aproximado de la base de la pirámide del litigio es posible definir el perfil de ésta”<sup>46</sup>.

Justamente el Ministerio de Justicia de Colombia tiene la respuesta a esas limitaciones metodológicas planteadas. Ahora es posible conocer los fenómenos de la propensión al litigio, justamente, utilizando las técnicas de encuesta para identificar fenómenos presentes en la base de la pirámide.

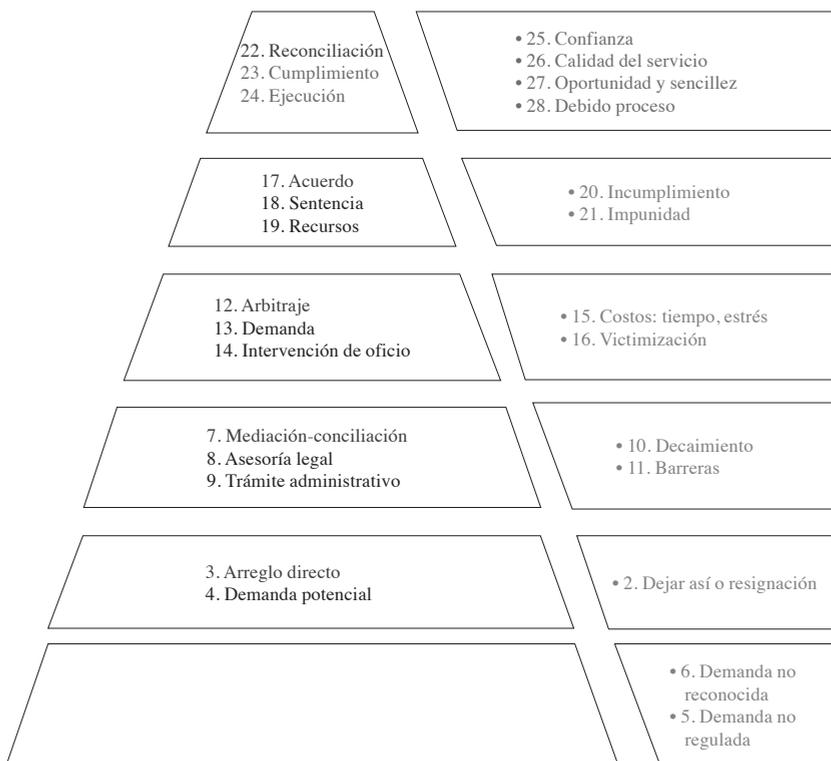
La técnica de encuesta se adapta para conocer la litigiosidad desde la perspectiva del usuario, en términos economicistas, la “demanda potencial” de servicios jurídicos. De allí que en este estudio se conceptualice sobre: situaciones contenciosas de relevancia jurídica, la importancia del “arreglo directo”, y el fenómeno de la resignación o actitud, conocido comúnmente como “dejar así”.

La idea de la pirámide es presentar gráficamente la manera como los ciudadanos acceden a la justicia. Lo que se cuenta dentro de la pirámide y termina con éxito en la cúspide son las Necesidades Jurídicas Satisfechas. Lo que se expulsa fuera de ella son los diferentes fenómenos que impiden la satisfacción de la necesidad jurídica.

En la base de la pirámide se ubican todos los problemas jurídicos. Se excluyen entonces todos los conflictos que el derecho no resuelve, como las dinámicas del mercado, los principios morales éticos o religiosos, las pautas sociales o de crianza. Así como también se excluyen trámites o actos jurídicos que, siendo reglados por el derecho, carecen de controversia, oposición o resistencia.

45 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Sociología Jurídica para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 119-113.

46 *Ibíd.*



Fuente: elaboración propia, a partir de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Sociología Jurídica para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 119-113. Adaptada para la metodología de las Necesidades Jurídicas y de las opciones diferentes al litigio que utilizan los ciudadanos.

Se estimaba según otros estudios de necesidades jurídicas, como en el hecho por el Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia y publicado en el año 2008<sup>[47]</sup>, que el 58.5% de las personas presentan “problemas jurídicos”, y según otras mediciones y conclusiones este porcentaje aumenta si la población se enfrenta a situaciones de vulnerabilidad, como la extrema pobreza, el desplazamiento forzado, la pertenencia a comunidades rurales, al género femenino o a población en situación de discapacidad<sup>48</sup>.

La última encuesta hecha en Colombia se aplicó a diversos grupos poblacionales: población general, extrema pobreza, discapacitados, población usuaria de servicios de conciliación, empresarios y conciliadores en derecho.

47 Fedesarrollo para el Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. Ob. cit., p. 21.

48 NATALIA GHERARDI. “Notas sobre acceso a la Justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?”, en *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad, instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, 2006, p. 43.

Resultó sorprendente confirmar que la mayor parte de sus necesidades jurídicas no son conocidas por el sistema formal. Por el contrario, la supuesta atención de estas se diluye en una serie de operadores que no tienen poder jurisdiccional, enfrentándose a fenómenos o barreras que afectan gravemente el derecho al acceso a la justicia garantizado por la Constitución<sup>49</sup>. Sorprende también conocer que los abogados no participan en la asesoría o gestión del 92,8% de los problemas jurídicos, y cuando se trata de población pobre dicha participación no llega al 5%. Aun si se trata de empresas, su intervención no supera el 20% de las necesidades jurídicas<sup>50</sup>.

A continuación se explican tres diferentes líneas de acceso y formas como se intenta satisfacer las necesidades jurídicas, empezando por las más reparativas para terminar con la descripción de todos los tropiezos que le ocurren al ciudadano en el sistema formal.

La primer línea de acceso a la justicia que se identifica es aquella sustentada en la “autonomía de la voluntad”, mediante el uso de procedimientos que cuestionadamente se denominan “alternativa al sistema formal” con intervención de particulares o de funcionarios del Estado, en muchos casos con elementos de justicia restaurativa. Se identifican y desarrollan los fenómenos encontrados en la pirámide con los siguientes numerales ubicados en su orden dentro de la pirámide: Arreglo directo (3), Mediación o Conciliación (7), Arbitraje (12), Acuerdo (17), Reconciliación (21).

La segunda posibilidad para la gestión de necesidades jurídicas es la ofrecida por el sistema de justicia formal; también se identifican y desarrollan los elementos de procedimiento encontrados en la pirámide con los siguientes numerales: Demanda potencial (4), Asesoría legal (8), Trámite administrativo (9), Demanda (13), Intervención de oficio (14), Sentencia (18), Recursos (19), Cumplimiento (23), Ejecución (24).

Dentro de esta categoría se analizan las circunstancias que generan Necesidades Jurídicas Satisfechas: Confianza en la justicia (25), Calidad del servicio (26), Oportunidad y sencillez (27), Debido proceso (28).

La tercera categoría analiza las diferentes vicisitudes que expulsan al ciudadano de la administración de justicia sin el litigio resuelto; quedan así fuera de la pirámide de los litigios una serie de fenómenos que se consideran Necesidades Jurídicas Insatisfechas: Resignación (2), Demanda no regulada (5), Demanda no reconocida (6), Decaimiento (10), Barreras de acceso (11),

49 Artículo 229 de la Constitución Nacional: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

50 Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, agosto de 2013. Microdatos y tablas de Excel de poblaciones general, extrema pobreza, discapacidad, usuarios de la conciliación y empresarios. Pregunta 2 de la matriz; disponible en: [<http://encuestaminjusticia.co/index.php/instrumentos/1/89-encuesta/135-resultados-cuantitativos-de-la-encuesta>], citado el 28 de agosto de 2013.

Costos: dinero, tiempo, estrés (15), Victimización (16), Impunidad (20), Incumplimiento de acuerdos, laudos y fallos (21).

#### 4. LÍNEA DE ACCESO A LA JUSTICIA SUSTENTADA EN LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Uno de los conceptos de autonomía de la voluntad más clásicos y pertinentes lo ofrece DÍEZ-PICAZO: “es libertad individual, y el hecho de reconocer libertad significa permitir, hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer autonomía es decir algo más: que el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica”<sup>51</sup>.

La autonomía de la voluntad es un principio que desarrolla el derecho privado, y de hecho uno de sus principales defensores en Colombia era FERNANDO HINESTROSA, quien al referirse al mismo decía: “instrumento precioso de disposición particular de intereses con relevancia jurídica, resultante de la combinación de competencias de los particulares y el ordenamiento, sigue su marcha, y continuará gobernando la vida privada y económica de los pueblos en tanto se conserve la dimensión política de la autonomía, al parecer consustancial a la naturaleza humana”<sup>52</sup>.

El concepto de arreglo directo ya fue desarrollado en la parte introductoria, pero se retoma para enfatizar que entre la población general el 34% y entre las empresas el 17,6% de los “problemas jurídicos” se resuelven mediante el consenso de las partes, y lo que es más satisfactorio es que la mayoría de los acuerdos privados se cumplen, según el estudio del Ministerio de Justicia.

##### 4.1. “Alternativa al sistema formal” con intervención de particulares

Dos figuras muy semejantes en su estructura pero con diferencias en sus efectos son la mediación y la conciliación; la primera es atípica en Colombia, porque no goza de reglamentación a pesar de haber sido incluida en el Código de Procedimiento Penal y seleccionada para los objetivos de la justicia restaurativa. La segunda es reglada y fuertemente institucionalizada, y el operador tiene el rango constitucional de “administrador de justicia”; en consecuencia, sus actuaciones tienen carácter jurisdiccional. Además tiene efectos jurídicos de cosa juzgada y mérito ejecutivo. Este vasto desarrollo e impulso hace que se convierta en bisagra con el sistema judicial<sup>53</sup>.

51 LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, vol. I y II. Madrid, 2005, p. 389.

52 FERNANDO HINESTROSA. Conferencia “El contrato frente al Código de Comercio”, en *Contrato, codificación, autonomía privada, buena fe, justicia contractual, consensualismo*, Bogotá, Legis, 2009.

53 Ley 23 de 1991.

Las estadísticas, desde el punto de vista del operador, demuestran que los servidores públicos delegados para conciliar y los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho (6.300 estudiantes activos) están desbordados por el elevado número de solicitudes. No corren igual suerte los centros de conciliación, con tarifas que a la fecha cuentan con más de 5.000 abogados formados como conciliadores en sus listas, pero cuya actividad de conciliaciones muy baja<sup>54</sup>.

Desde el punto de vista del objeto es indispensable aclarar que la autonomía de la voluntad tiene límites establecidos por el ordenamiento jurídico; es de suponer que al dueño del conflicto solo le está permitido decidir sobre aquello respecto de lo cual tiene capacidad de disposición, lo que incluye todos los asuntos susceptibles de transacción y excluye todo lo que las normas de orden público consideran de su entera competencia.

La siguiente es una propuesta de clasificación de las diversas modalidades o esquemas de intervención ante “problemas jurídicos”, establecida según el alcance de la autonomía de la voluntad.

| Se analiza en este apartado el objeto de cada esquema de gestión del conflicto y los Sujetos que participan en los (i) extremos del conflicto como partes implicadas, (ii) terceros que facilitan los acuerdos y ejemplos de Instituciones que lo utilizan                | Esquema                                                                   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|
| <p>Exógeno: Estructura impuesta por el derecho mayoritario, no institucionalizada, no construida ni legitimada en el tiempo por la sociedad, normas.</p> <p>Endógeno: Esquema construido y legitimado por la sociedad. Por ejemplo, el sistema de compensación Wayúu.</p> | <p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">↑</p> |
| <p>Las partes deciden sus acuerdos, y cada una puede apoyarse en delegados u otros negociadores. Objeto: Situaciones no conflictivas, discusión de meros intereses; usado en negociación y acuerdos directos.</p>                                                         | <p style="text-align: center;">A B<br/>A B<br/>Vr<br/>⇒ ⇐</p>             |
| <p>Esquema donde las dos partes, de común acuerdo, deciden finiquitar un litigio actual, mediante la terminación de unas obligaciones y el nacimiento de otras que tendrán efectos jurídicos; es el caso de la transacción<sup>55</sup>.</p>                              | <p style="text-align: center;">⇒ ⇐<br/>A B<br/>Vr</p>                     |

54 Ministerio de Justicia de Colombia. Estadística del año 2012 según reporte de casos reportados al SIC (Sistema de Información de la Conciliación) por los Centros de Conciliación vigilados, en [[http://www.conciliacion.gov.co/paginas\\_detalle.aspx?idp=161](http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=161)].

55 Artículo 2469 del Código Civil: “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Los extremos en simetría (igualdad de condiciones) consienten que un tercero medie para establecer un acuerdo consensual o solemne, en algunos casos sin efectos jurídicos.<br/>Objeto: Dirimir situaciones conflictivas no necesariamente jurídicas.<br/>Esquema de la mediación, propuesto como directiva para desarrollarse en los países de la Unión Europea<sup>56</sup>.</p>                                                                                        | <p><i>Mediador</i></p> $\begin{array}{c} \Delta \\ A \quad B \\ \nabla \end{array}$                                                                                                   |
| <p>Esquema igual al anterior, solo que las partes deciden tipificarlo dentro de un procedimiento regulado o según sus propios deseos, para que se firme un acuerdo que tenga efectos judiciales en caso de incumplimiento. Esquema de la conciliación en derecho y en equidad, elegido por la política pública de Colombia.</p>                                                                                                                                              | <p><i>Conciliador</i></p> $\begin{array}{c} \Delta \\ A \quad B \\ \nabla \end{array}$                                                                                                |
| <p>Las partes en uso de la autonomía de la voluntad y previo acuerdo escrito, deciden dar facultades especiales a un tribunal para que, con base en un procedimiento previo, se tome una decisión sobre un asunto transigible; es el caso del arbitraje.</p>                                                                                                                                                                                                                 | <p>A B<br/>Vr<br/><math>\nabla</math><br/><i>Arbitro</i></p>                                                                                                                          |
| <p>Procedimiento de intervención en el que las partes en conflicto confieren potestad a un operador para que este intente una conciliación; de no llegarse a un acuerdo total, este deberá proferir un laudo o fallo motivado; usado en el procedimiento arbitral y en la Justicia de Paz.</p>                                                                                                                                                                               | <p><i>JP/Ar</i><br/><math>\Delta</math><br/>A B<br/>Vr<br/><math>\nabla</math><br/><i>JP/Ar</i></p>                                                                                   |
| <p>Procedimiento reglado ordinario, donde una parte, mediante demanda o querrela dispositiva, presenta al juez una demanda que contiene una pretensión. Dependiendo de la cuantía y la materia, puede requerir de abogado.</p>                                                                                                                                                                                                                                               | <p>A B<br/>A B<br/>Vr<br/><math>\nabla</math><br/><i>Juez</i></p>                                                                                                                     |
| <p>“Todo proceso en que: la víctima, el ofensor y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los esquemas restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias”<sup>57</sup>.</p> | <p><i>Estado</i></p> $\begin{array}{c} \uparrow \\ \text{Victima} \quad \leftarrow \text{facilitador} \Rightarrow \quad \text{Ofensor} \\ \downarrow \\ \text{Comunidad} \end{array}$ |

Como se puede observar, ante un problema jurídico el camino que la autonomía de la voluntad abre al ciudadano es inmenso; por esta razón se propone que desaparezcan los esquemas y clasificaciones legales. Lo suyo es que un

56 Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008.

57 ESTHER PASCUAL RODRÍGUEZ. *La mediación en el sistema penal*, Universidad Complutense de Madrid, tesis doctoral, disponible en: <http://eprints.ucm.es/16592/1/T33979.pdf>, citado el 14 de mayo de 2012.

solo operador experto en gestión del conflicto presente al ciudadano todas las opciones desde la negociación hasta la demanda o la justicia restaurativa.

Son los ciudadanos que padecen el conflicto quienes deben autorizar, dar poderes, habilitar, fijar los límites de la actuación de ese tercero facilitador. Con esos poderes se convoca a la contraparte para que acepte también el encargo del facilitador, y con ese conjunto de instrucciones se construirá el acuerdo que las partes desean.

Si la contraparte no tiene ánimo de arreglar y por parte del afectado sigue vigente la pretensión, será la justicia ordinaria quien deba intervenir sin vacilaciones, mediante la regla técnica dispositiva o la inquisitiva, con rigor y eficacia. También deberá ordenar el mandamiento ejecutivo de dar, hacer o no hacer contenido en los acuerdos o laudos que se incumplan.

No está bien que el capricho de la ley, de los operadores o las políticas públicas fueren al ciudadano a utilizar determinado Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (MASC)<sup>58</sup> cuando el principio de autonomía de la voluntad permite una enorme variedad de posibilidades.

Las normas que regulan cada uno de estos esquemas limitan con barreras imaginarias al ciudadano y al operador para explorar posibilidades donde se puede intervenir con buenas posibilidades de éxito. Por ejemplo, en España, en la regulación de la mediación, el mediador no puede hacer propuestas de arreglo a las partes, pues esta conducta en la tradición jurídica y de mediación es vista como una asesoría inconveniente que afecta la neutralidad a las partes<sup>59</sup>. Pero, ¿qué ocurre si son las partes las que agradecen una propuesta de arreglo que venga del mediador?

En la regulación de la conciliación de Colombia, el conciliador está forzado a consignar en un acta un acuerdo que preste mérito ejecutivo y haga tránsito a cosa juzgada, pero ocurre que la naturaleza de muchas obligaciones no da para hacerse exigible de esa manera. También ocurre en el caso de las personas jurídicas que a la conciliación no puede convocarse persona diferente del representante legal, impidiéndose la participación a un delegado de este que podría llegar a comprender mejor el conflicto y llegar más fácilmente a un acuerdo.

Entonces, de lo que se trata es de que la arquitectura legal de las políticas de MASC no limite lo que la autonomía de la voluntad puede dictar mejor que ella.

Dicho de otra manera, en el amplio campo de la gestión del conflicto un ciudadano puede dar poderes al facilitador para autorizarlo a ser: negociador, mediador, conciliador, amigable componedor o árbitro, según el caso. Entre las partes en conflicto y el facilitador siempre existe un negocio jurídico, un

58 O "ARD" (*Administración Resolution Disputes*), por sus siglas en inglés.

59 Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

contrato de mandato cuyo contenido puede estipular obligaciones de buenos oficios, o ir más allá para tener alcances heterocompositivos, de toma de decisiones.

Lo importante para los facilitadores e instituciones que prestan servicios de gestión del conflicto es que informen a las partes de las ventajas e inconvenientes de los anteriores alcances, que el consentimiento no esté viciado por error, fuerza o dolo, que no se extralimiten respecto de las normas y códigos deontológicos que regulen su labor.

Después de analizar la experiencia de los ciudadanos con estas instituciones, se comprueba que para ellos no resulta fácil comprender cuándo se está en audiencia con un esquema autocompositivo y cuándo en una diligencia judicial de carácter inquisitivo; desde el punto de vista simbólico, un particular abogado, un conciliador en un consultorio jurídico o un fiscal pueden representar en él una autoridad con conocimiento para resolver su caso<sup>60</sup>.

Alcanzar el acuerdo, mediante la justicia que las partes se han dado a partir del consenso de la autonomía de su voluntad, es un logro extraordinario del Estado de derecho y una expresión de la democracia. En la población general se llega a conciliar el 10,4% de las SCRJ, mientras que las empresas utilizan todos los esquemas de solución de conflictos en un 12,3%, cifras que resultan considerablemente mayores que las de la gestión judicial de necesidades jurídicas.

La siguiente tabla muestra los porcentajes de particulares a los que se acude para la solución de una SCRJ. Demuestra que es indispensable desarrollar políticas públicas para la gestión del asuntos relacionados con el consumo. Y también demuestra que después de dos décadas de conciliación hay una tendencia a su uso. Sorprende que las Juntas de Acción Comunal gestionen un porcentaje tan amplio de SCRJ, lo que confirma que se requiere de construcción de “institucionalidad”, lo que se logra a partir de estructuras lo suficientemente apropiadas por la sociedad y simbólicamente asociadas a poderes de regulación comunitarios.

| PORCENTAJE DE POBLACIÓN GENERAL QUE ACUDIÓ A PARTICULARES |      | PORCENTAJE DE POBLACIÓN EN EXTREMA POBREZA QUE ACUDIÓ A PARTICULARES |       | PORCENTAJE DE POBLACIÓN EMPRESAS QUE ACUDIÓ A PARTICULARES |      |
|-----------------------------------------------------------|------|----------------------------------------------------------------------|-------|------------------------------------------------------------|------|
|                                                           | 6,6% |                                                                      | 10,6% |                                                            | 4,9% |
| Oficina de quejas y reclamos                              | 35,3 | Juntas de Acción Comunal                                             | 35,5  | Oficina de quejas y reclamos                               | 64,9 |
| Juntas de Acción Comunal                                  | 25,1 | Oficina de quejas y reclamos                                         | 23,7  | Abogado particular                                         | 12,9 |

60 Ministerio de Justicia. Investigación en proceso de publicación, julio de 2013.

| PORCENTAJE DE POBLACIÓN GENERAL QUE ACUDIÓ A PARTICULARES | 6,6% | PORCENTAJE DE POBLACIÓN EN EXTREMA POBREZA QUE ACUDIÓ A PARTICULARES | 10,6% | PORCENTAJE DE POBLACIÓN EMPRESAS QUE ACUDIÓ A PARTICULARES | 4,9% |
|-----------------------------------------------------------|------|----------------------------------------------------------------------|-------|------------------------------------------------------------|------|
| Familiar o amigo                                          | 17,3 | Familiar o amigo                                                     | 17,1  | Familiar o amigo                                           | 8,3  |
| Conciliador de Centro de Conciliación*                    | 10,1 | Defensor del cliente                                                 | 9,2   | Consultorios Jurídicos*                                    | 4,3  |
| Notario*                                                  | 4,5  | Consultorios Jurídicos*                                              | 6,6   | Conciliador de Centro de Conciliación*                     | 2,9  |
| Consultorios Jurídicos*                                   | 4,0  | Notario*                                                             | 2,6   | Defensor del cliente                                       | 2,9  |
| Centros de Conciliación y Arbitraje*                      | 2,9  | Iglesias, líderes religiosos, comunidades religiosas                 | 2,6   | Juntas de Acción Comunal                                   | 2,4  |
| Defensor del cliente                                      | 0,8  | Conciliador de Centro de Conciliación*                               | 1,3   | Árbitro de Centros de Conciliación y Arbitraje*            | 1,5  |
|                                                           |      | Centros de Conciliación y Arbitraje*                                 | 1,3   |                                                            |      |

\* Instituciones delegadas por la ley para hacer conciliación extrajudicial en derecho en asuntos de su competencia<sup>61</sup>.

Fuente: elaboración propia, tomado de: Ministerio de Justicia.

Por todo lo anterior se concluye que el espectro de la gestión de conflictos donde los particulares pueden intervenir es muy amplio, brindando oportunidades para el cumplimiento de los acuerdos de determinadas conflictividades, como el consumo o los asuntos vecinales. Ante los particulares las partes obedecen a la ley y a otras formas de regulación social, por lo que se expresan más posibilidades de cumplimiento y los instrumentos utilizados para fijarlo tienen la función de “bisagra” condición de ejecutarse ante la jurisdicción.

#### 4.2. Elementos de justicia restaurativa, reconciliación

Si se examinan los elementos de la justicia restaurativa que propone la nueva política criminal<sup>62</sup>, se comprueba que las experiencias de las que se aprende este tipo de modelos ocurren en la justicia ancestral de las comunidades indígenas, de manera que aquellas que el sistema penal en su momento consideró inimputables hoy sirven de paradigma para entender cómo un sistema comunitario de justicia es colaborador del sistema oficial, para mantener la paz social<sup>63</sup>.

61 Ley 640 de 2001.

62 Artículo 518 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

63 WEILDLER, GUERRA, CURVELO. *La disputa y la palabra: la ley en la sociedad wayúú*, Bogotá, Ministerio de Cultura, 2002.

En sentido sociológico la justicia restaurativa es la recuperación del factor humano en el procedimiento judicial, pues los sistemas jurídicos sufren una despersonalización de sus procesos; en efecto, a medida que las administraciones de justicia ganan en rendimiento y productividad, la interacción de los jueces con las partes se pierde y queda el proceso como una comunicación fría, por memoriales, donde la víctima es invisible y el objetivo del procedimiento es la condena del responsable.

Producto de esa despersonalización del procedimiento judicial, los ciudadanos perdieron la oportunidad de participar e involucrarse con beneficio pedagógico en las decisiones judiciales de sus conciudadanos, en donde todo queda bajo el dominio de los medios de comunicación masivos que ofrecen al ciudadano información “editada” de la realidad judicial.

Los asuntos penales son los de mayor ocurrencia en la sociedad: entre la población de extrema pobreza representan el 67% y entre la población general el 43% de todos sus “problemas jurídicos” presentados en los últimos cuatro años, siendo el delito de hurto el más frecuente.

El sistema judicial se acomodó, mientras hay crecimiento de la demanda; de hecho, la Fiscalía General de la Nación es la institución del Estado que más conoce problemas jurídicos, pues atiende el 10% de necesidades jurídicas de la población general, el 17.5% de las población en condiciones de pobreza extrema y el 5.8% de las empresas, lo que hace de ella la institución con mayor carga de todo el sector justicia<sup>64</sup>.

Lo anterior sin contar con las demás instituciones y particulares que también conocen asuntos penales de índole querellable, que se gestionan a través de conciliación, más otros operadores que utilizan diferentes saberes y prácticas de gestión del conflicto que cumplen con los elementos de la justicia restaurativa que refiere el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, esto es:

- Consentimiento libre y voluntario de la víctima y del imputado, acusado o sentenciado, de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento de la actuación.

- Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

- La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.

- El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.

64 Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, agosto de 2013. Microdatos y tablas de Excel de poblaciones general, extrema pobreza, discapacidad, usuarios de la conciliación y empresarios. Cruce de la pregunta 74.1; disponible en [<http://encuestaminjusticia.co/index.php/instrumentos/1/89-encuesta/135-resultados-cuantitativos-de-la-encuesta>], citado el 28 de agosto de 2013.

– Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán por que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

– La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar un abogado<sup>65</sup>.

Tal y como las definen el procedimiento penal y la doctrina internacional, las prácticas restaurativas son gestionadas por un “facilitador” con arraigo en la comunidad, luego no son las instituciones quienes tienen el control sobre la institución, pero de ellas depende en buena medida su desarrollo y su poder simbólico de autoridad coercitiva que persuade al ofensor para que prefiera el perdón y la reparación.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional de Colombia se refirió en los siguientes términos:

Así, la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido.

Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica<sup>66</sup>.

Con la reconciliación como objetivo principal de la justicia y de la paz se concluye este análisis que intenta sostenerse en la autonomía de la voluntad, para dar importancia a las partes en la gestión de sus propias necesidades jurídicas, constituyendo así la forma más efectiva y reparadora de justicia que actualmente tiene la sociedad.

Del potencial de uso de esquemas que exigen la autonomía de la voluntad se tiene noticia de que es empleada en un 9.4% por la población general, en un 10.7% por la población en extrema pobreza y en un 12.3% entre empresarios; además, estos últimos son quienes más variedad de mecanismos utilizan,

65 Fiscalía General de la Nación. *Principio de Oportunidad, bases conceptuales para su aplicación*, Bogotá, 2010, p. 122; disponible en [<http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/PrincipiodeOportunidad.pdf>], citado el 14 de mayo de 2012.

66 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005.

siendo el principal la conciliación en equidad, que representa el doble de los asuntos llevados ante los jueces<sup>67</sup>.

##### 5. ACCESO A LA JUSTICIA FORMAL

El término economicista “Demanda potencial” hace referencia al conjunto de “problemas jurídicos” que les ocurren a los ciudadanos y que tienen la contingencia de ser conocidos por el sistema de justicia en su conjunto.

Unos y otros estudios de necesidades jurídicas arrojan datos muy diferentes, porque dependen del instrumento de encuesta utilizado para identificar necesidades jurídicas y de las categorías de conflicto por las que se pregunta. A pesar de lo anterior, ya se ha mencionado que la población más vulnerable tiende a tener mayor demanda potencial.

Una visión desde la oferta y anterior a la posibilidad de medir la demanda, determinaba que la “Asesoría legal” era el camino para que los ciudadanos encontraran el acceso a la justicia; en efecto, así es, pues para acceder a los tribunales es indispensable hacerlo mediante representación de abogado, e inclusive hay trámites notariales y administrativos que también lo exigen.

Pero las estadísticas demuestran que la asesoría de los abogados es menos frecuente de lo que se esperaría: tan solo la prestan en el 0.8% de las causas de la población en pobreza extrema, en el 10% para la población general, y la cifra mejora un poco cuando se trata de empresas: el 20%. En conclusión, el porcentaje de necesidades jurídicas que no cuentan con asesoría de abogado es del orden del 92.1%. Además, el 67.7% de los empresarios, el 33% de la población en situación de pobreza extrema y el 13% de la población general que contó con abogado para la asesoría de sus necesidades jurídicas, manifestó que la gestión del abogado no ayudó a resolverlas.

Ahora bien, la contradicción reside en que una publicación de la Corporación Excelencia en la Justicia<sup>68</sup> dice que según una comparativa internacional la tasa de abogados en Colombia es de 354.45 por cada cien mil habitantes, la más alta después de Costa Rica. Además, hay 71 facultades de Derecho. Se trata de la población de profesionales más grande del país.

Surgen entonces varias interpretaciones de estos resultados: la primera es que la función de asesoría legal que antes estaba en cabeza de letrados inde-

67 Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, agosto de 2013. Microdatos y tablas de Excel de poblaciones general, extrema pobreza, discapacidad, usuarios de la conciliación y empresarios. Cruce pregunta 2 y 4 de la matriz; disponible en: [<http://encuestaminjusticia.co/index.php/instrumentos/1/89-encuesta/135-resultados-cuantitativos-de-la-encuesta>], citado el 28 de agosto de 2013.

68 Corporación Excelencia en la Justicia. “Tasa de abogados por habitantes en Colombia y el mundo”, en *Reporte de justicia en las Américas 2008-2009*, disponible en: [<http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justiciometros/2586-tasa-de-abogados-por-habitantes-en-colombia-y-el-mundo>].

pendientes es asumida por funcionarios del poder ejecutivo; los Programas de Casas de Justicia y las ventanillas de atención al público en todas las entidades de la Administración hacen que los ciudadanos encuentren una asesoría, además de especializada, gratuita.

La segunda interpretación tiene que ver con el mercado: posiblemente los abogados litigantes prestan asesoría y hacen gestión de los conflictos que económicamente resultan más rentables y sobre los cuales hay una expectativa o certeza de obtener algún tipo de rédito económico. Más grave aún es que, siendo los abogados absolutamente necesarios para acceder a la administración de justicia, que es gratuita, se demuestre que a ella únicamente pueden acceder los ciudadanos a quienes el mercado se lo permite.

La tercer interpretación está vinculada con los diferentes poderes de regulación a los que se hace referencia en la parte introductoria de este trabajo; a pesar de que los conflictos de la sociedad tienen una tipificación en el ordenamiento jurídico, los poderes de regulación de la comunidad, y especialmente del mercado, se movilizan en una dimensión que los operadores jurídicos no alcanzan a comprender.

Se requiere hacer más estudios sobre este aspecto, que confirmen algunas hipótesis que surgen, y que determinen si esta actividad hace parte del poder regulador del Estado u obedece a lógicas del poder regulador del mercado. Porque en este orden de ideas no resulta viable, por ejemplo, dar a conocer al empresario los canales jurídicos que le permitan la satisfacción de sus necesidades jurídicas. Por el contrario, habrá que ir a la realidad empresarial para identificar las mejores formas de intervenir en las particularidades de su conflictividad.

Volviendo al análisis de la pirámide de litigiosidad, ante el sistema de justicia se define un porcentaje importante de litigios; a través de los diferentes momentos procesales: Demanda (13), donde sigue mediando la autonomía de la voluntad, para decidir interponer o no una acción; la Intervención de oficio (14) en asuntos de orden público, la Sentencia (18), los Recursos (19), el Cumplimiento (23) y la Ejecución (24) de las decisiones judiciales. El recorrido que las necesidades jurídicas deben atravesar para obtener justicia.

Según el último informe sobre la gestión judicial en Colombia del año 2010, se tiene la siguiente actividad: hay 10 juzgados por cada 100.000 habitantes, y la Judicatura cuenta con 4.561 jueces y magistrados en todas las jurisdicciones. Los municipios han elegido 1.250 jueces de paz que realizan su labor *ad honorem* en la mayor parte de los casos, y sin recursos para el funcionamiento. También administran justicia 1.500 autoridades indígenas.

En 2010 se presentaron 2.303.378 demandas ante la jurisdicción ordinaria y se emitieron 2.562.371 fallos. Para ese mismo año disminuyó el inventario atrasado de años anteriores en un 13%. La cifra de fallos diarios mejoró, al pasar de 6.924 en 2007 a 9.075 en 2010, de los cuales el 75% son procesos ejecutivos. Sin embargo, año tras año la litigiosidad aumenta un 16% en pro-

medio, y cada despacho pasó de tener en promedio 468 demandas en 2007 a tener 504 en 2010<sup>69</sup>.

Respecto de la gestión judicial de España, país que tiene la misma población que Colombia y una tradición jurídica semejante, su último informe presentado al Congreso de los Diputados hace constar que en el año 2012 había 11 jueces por cada 100.000 habitantes, y 3.933 juzgados y tribunales<sup>70</sup>. “En el conjunto de los órganos judiciales españoles hay un total de 8’974.175 asuntos entre sentencias, autos y decretos. Esta cifra supone un descenso del 0,7% respecto al año anterior. En 2012, los tribunales españoles resolvieron 9’104.041 asuntos y han quedado en trámite al final del trimestre un total de 2’913.485 asuntos”<sup>71</sup>.

Como se evidencia en los dos contextos considerados, los despachos están al tope de su productividad, lo cual quiere decir que se requiere multiplicar su número, además porque en estas cifras no se discrimina qué casos corresponden a personas naturales y cuáles a personas jurídicas, corporaciones, empresas o bancos, que se supone acaparan un porcentaje mayor del servicio ordinario de justicia.

Desde el punto de vista de la demanda, la última encuesta del Ministerio del Interior y de Justicia aplicada a la población general indica que los asuntos que conocen los jueces equivalen al 1.2% del total de conflictos que padece aquella; para el caso de la población en situación de pobreza es del 1.4%, y para el de las empresas aumenta a un 5.8%. Se destaca el número de usuarios que acuden a los jueces de paz: representan el 1.2%, un porcentaje casi igual al de quienes acuden a los jueces formales.

Los resultados de los anteriores estudios demuestran que el potencial de litigios que son asumidos por los jueces formales es solo una pequeña muestra, comparado con el universo de problemas jurídicos que padecen los ciudada-

69 Consejo Superior de la Judicatura. Informe al Congreso de la República 2010-2011, Bogotá, 2011, disponible en: [2011http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/publicaciones/2010-2011%20DOCUMENTO%20EJECUTIVO%20INFORME%20AL%20CONGRESO%20version%20Mayo%202026.pdf], citado el 13 de abril de 2013.

70 Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre la situación de los órganos judiciales, 2012.

71 “Por jurisdicciones, en la Civil el número de asuntos ingresados alcanzó los 1’841.333, con un incremento del 4%. El incremento se ha producido en los dos últimos trimestres del año. En esta jurisdicción se resolvieron 1’874.770 asuntos y están en trámite 1’180.208.

“En la jurisdicción Penal han entrado 6’442.718 asuntos, con una disminución del 1,5%, habiéndose resuelto 6’533.200 asuntos y quedando en trámite 1’081.739. En la jurisdicción Social se registraron 463.810 nuevos asuntos, con un incremento del 6%. Se han resuelto 412.760 asuntos y han quedado tramitándose 329.705”: Consejo General del Poder Judicial. Informe al Congreso de los Diputados, Madrid, 2013, disponible en: [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\_Judicial/En\_Portada/El\_numero\_de\_asuntos\_ingresados\_en\_el\_ano\_2012\_en\_los\_juzgados\_espanoles\_ronda\_los\_9\_millones], citado el 13 de abril de 2013,

nos, las cuales en la mayoría de los casos fueron consideradas por los propios perjudicados como de alta y media afectación<sup>72</sup>.

### 5.1. Trámite administrativo

Las autoridades administrativas del poder ejecutivo central y descentralizado asumen la mayor carga de necesidades jurídicas de la población. Algunas de ellas tienen facultades jurisdiccionales como las de conciliar, otras de tomar medidas sancionatorias y otras no pueden tomar decisiones de fondo porque no es su misión institucional.

| POBLACIÓN GENERAL QUE ACUDIÓ A AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS |       | POBLACIÓN EN POBREZA EXTREMA QUE ACUDIÓ A AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS |       | POBLACIÓN DE EMPRESAS QUE ACUDIÓ A AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS |        |
|------------------------------------------------------------|-------|-----------------------------------------------------------------------|-------|----------------------------------------------------------------|--------|
|                                                            | 24,8% |                                                                       | 27%   |                                                                | 52,2%  |
| CAI o estación de Policía                                  | 31,8% | Inspector de Policía                                                  | 24,6% | CAI o estación de Policía                                      | 53,0%  |
| Inspector de Policía                                       | 17,8% | CAI o estación de Policía                                             | 18,8% | Inspector de Policía                                           | 26,2%  |
| Superintendencias*                                         | 16,4% | Defensoría del Pueblo*                                                | 17,8% | Superintendencias*                                             | 14,1%  |
| Comisarías de Familia*                                     | 13,5% | Comisarías de Familia*                                                | 9,9%  | Empresa de servicio público                                    | 3,2%   |
| Defensorías de Familia del ICBF*                           | 10,9% | Casas de Justicia                                                     | 8,9%  | Inspecciones de Trabajo*                                       | 2,2%   |
| Defensoría del Pueblo*                                     | 5,5%  | Personerías*                                                          | 7,3%  | Empresa de servicio público                                    | 1,6%   |
| Inspecciones de trabajo*                                   | 5,4%  | Superintendencias*                                                    | 5,8%  | Alcaldía                                                       | 0,4%   |
| Casas de Justicia                                          | 2,0%  | Inspecciones de Trabajo*                                              | 3,7%  | Defensoría del Pueblo*                                         | 0,3%   |
| Personerías*                                               | 1,7%  | Procuraduría*                                                         | 3,1%  | Empresa de acueducto                                           | 0,2%   |
| Autoridades de tránsito*                                   | 1,2%  | Defensorías de Familia del ICBF*                                      | 2,6%  | Total                                                          | 100,0% |
| Procuraduría*                                              | 0,8%  | Unidad de Atención a Desplazados                                      | 2,1%  |                                                                |        |
| Acción Social                                              | 0,6%  | Alcaldía                                                              | 2,1%  |                                                                |        |
| Unidad de Atención y Orientación                           | 0,5%  | Secretaría de Salud                                                   | 0,5%  |                                                                |        |

72 Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Ob. cit.

| POBLACIÓN GENERAL QUE ACUDIÓ A AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS | 24,8%  | POBLACIÓN EN POBREZA EXTREMA QUE ACUDIÓ A AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS | 27%    | POBLACIÓN DE EMPRESAS QUE ACUDIÓ A AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS | 52,2% |
|------------------------------------------------------------|--------|-----------------------------------------------------------------------|--------|----------------------------------------------------------------|-------|
| Centro de Conciliación*                                    | 0,4%   | Ministerio del Medio Ambiente                                         | 0,5%   |                                                                |       |
| Alcaldía                                                   | 0,3%   | Acción Social                                                         | 0,5%   |                                                                |       |
| Empresa Metropolitana de Aseo                              | 0,3%   | Oficina Prevención de Emergencias                                     | 0,5%   |                                                                |       |
| Empresa de servicio público                                | 0,3%   | Registraduría                                                         | 0,5%   |                                                                |       |
| Total                                                      | 100,0% | Total                                                                 | 100,0% |                                                                |       |

\* Instituciones delegadas por la ley para hacer conciliación extrajudicial en derecho en asuntos de su competencia<sup>73</sup>.

Fuente: elaboración propia, tomado de: Ministerio de Justicia y del Derecho, ob. cit.

Es difícil identificar de qué tipo son las reclamaciones ante autoridades administrativas; en la mayoría de casos se trata de denuncias ante la policía por ocurrencia de delitos como el hurto, seguido por los asuntos de familia, y en otros casos se trata de quejas contra particulares por cuestiones relacionadas con vigilancia, inspección y control de actividades; otra casuística se relaciona con arreglos directos donde es la entidad del Estado la causante del problema jurídico.

Este último caso, el de la vía gubernativa, es la posibilidad de reclamación de necesidades jurídicas provocadas por la propia Administración, que acarrearían un eventual juicio ante lo contencioso administrativo; respecto de estos recursos se reflexionó sobre su naturaleza y sobre la pertinencia o no de mantenerlos en la esfera de decisiones del poder ejecutivo o dirimirlos directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa<sup>74</sup>.

El análisis sobre la carga de conflictividad que tiene la Administración se orienta a creer que el volumen de la demanda terminó por romper el equilibrio que debe existir entre autoridades administrativas que prestan apoyo al proceso y el poder judicial. Como se mencionó, el ciudadano no logra distinguir

73 Ley 640 de 2001.

74 “Gracias a ellos la administración realice un control interno de sus decisiones y proteja los derechos de los administrados, permitiéndoles defenderse eficaz y rápidamente frente a las decisiones de la administración, y además que gracias a todo esto se reduzca el número de nuevas demandas jurisdiccionales en contra de la administración. Un análisis serio de los recursos administrativos permite al mismo tiempo a la administración una retroalimentación y una adecuación de los procedimientos administrativos a partir de la reflexión acerca de las patologías frecuentes de los actos de la administración”: JOSÉ LUIS BENAVIDES y ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN. “La justificación de los recursos administrativos”, *Revista Derecho del Estado* n° 29, Bogotá, 2012, disponible en: [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3293/3068>].

entre una autoridad judicial y una administrativa, asignando al Estado en su conjunto una misma identidad simbólica.

### 5.2. *Necesidades jurídicas satisfechas*

La necesidad jurídica expresada satisfactoriamente se refiere a que el ciudadano encontró, en el sistema de justicia, la respuesta que le permitió resolver oportunamente su litigio; se incluye aquí la necesidad jurídica del demandante o demandado, el agotamiento de todos los recursos y el recorrido tranquilo y normal de los procedimientos. No se tiene en cuenta si existe una relación directa entre las pretensiones del ciudadano y la decisión plasmada en un acta de conciliación o la sentencia del juez, pues también depende de la naturaleza del servicio y de la complejidad del caso. La investigación sobre necesidades jurídicas demostró que los usuarios que utilizan el sistema judicial dieron una muy buena calificación al servicio; lo anterior hace suponer que aunque el sistema está colapsado y a él llega un mínimo porcentaje de casos, los pocos que llegan son gestionados satisfactoriamente; que una es la percepción que se tiene de la justicia y otra la experiencia cuando se utiliza.

La Confianza en la justicia (25), la Calidad del servicio (26), la Oportunidad y sencillez (27) y el Debido proceso (28) son los elementos que configuran el derecho al acceso a la justicia, a la vez que hacen referencia a la prestación de un servicio de calidad que requiere el ciudadano.

Respecto del “Acceso a la Justicia”, NATALIA GHERALDI efectúa una crítica a la noción de acceso a la justicia ideal que proponen otros autores, ya que reconoce que incluso para los países “desarrollados” es difícil disponer de los medios para satisfacer las necesidades de acceso a la justicia; afirma que la vigencia del Estado de Derecho no se puede sostener a través de la judicialización de las causas, sino de evitarla mediante la intervención preventiva. La autora desarrolla tres aspectos del “acceso a la justicia”: i) la posibilidad de llegar al sistema judicial; ii) la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, y iii) la conciencia del acceso a la justicia como un derecho<sup>75</sup>.

#### 5.2.1. *Necesidades Jurídicas Insatisfechas (NJI)*<sup>76</sup>

Uno de los investigadores que introdujo el tema de las NJI en Colombia es JORGE IVÁN CUERVO, quien las entiende como “las necesidades que tienen las personas –especialmente las de escasos recursos– de resolver problemas y conflictos con la intervención del sistema de justicia entendido en sentido amplio, es decir, tanto la justicia formal como la informal. Una NJI también

75 GHERALDI. Ob. cit.

76 PNUD. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Manual de políticas públicas para el acceso a la Justicia, Buenos Aires, Instituto Talcahuano, 2005.

puede ser una respuesta inadecuada, insatisfactoria o tardía de parte del sistema judicial”<sup>77</sup>.

En la parte central del texto CUERVO desarrolla el enfoque y conceptualización de las NJI, remontando su origen a Australia en el año 1970; el concepto utilizado en ese contexto es amplio e involucra a la justicia formal e informal. También menciona como paradigma de investigación en esta materia el estudio efectuado en Caracas, que identificó dos clases de necesidades jurídicas: las expresadas y las potenciales<sup>78</sup>.

Analizada la noción, se presenta a continuación la explicación de cada uno de los fenómenos que expulsan a las necesidades jurídicas de la pirámide: son patologías de la administración de justicia que dejan al ciudadano sin algún tipo de gestión para su problema jurídico.

### 5.3. Resignación

El término es usado por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS<sup>79</sup>, y se puede entender como la falta de acción de las partes, o como una incapacidad ciudadana para iniciar procedimientos legales o reclamos. En Colombia la ocurrencia de esta clase de “problemas jurídicos” es muy alta, y varía dependiendo del tipo de población que se analice: en población en extrema pobreza la resignación se presenta en el 66.7% de los casos, en la población general en el 51.9% y en empresas se reduce al 23%<sup>80</sup>.

Es de esperar que una parte de esos asuntos no tengan la importancia suficiente como para judicializarlo, aunque el ciudadano haga una valoración de su juridicidad y si intentara una acción judicial tendría reconocido el derecho, este asume las consecuencias de la falta de acción o la somete a otras formas de regulación social. Sobre este aspecto RONALD COASE se refiere de la siguiente manera:

Existe, por supuesto, otra alternativa, que es no hacer nada por el problema. Y aceptado que los costos involucrados en la solución del problema mediante las regulaciones de la máquina administrativa gubernamental serán a menudo pesados

77 J.I. CUERVO. *Lineamientos de política pública para el acceso a la justicia de grupos vulnerables por razones económicas. Herramienta de trabajo para autoridades de gobiernos y para personal de PNUD*, Lac surf, Estudios Temáticos, 2008, p. 10.

78 *Ibíd.*

79 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Sociología Jurídica para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, p. 127.

80 Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, agosto de 2013. Microdatos y tablas de Excel de poblaciones general, extrema pobreza, discapacidad, usuarios de la conciliación y empresarios. Pregunta de la matriz; disponible en: [<http://encuestaminjusticia.co/index.php/instrumentos1/89-encuesta/135-resultados-cuantitativos-de-la-encuesta>], citado el 28 de agosto de 2013.

(particularmente si los costos incluyen todas las consecuencias que se deducen de la dedicación del Gobierno a este tipo de actividad), sin duda que la ganancia que provenga de la regulación de las acciones que dan lugar a los efectos nocivos será menor que los costos asociados a la regulación del Gobierno<sup>81</sup>.

#### 5.4. *Demanda no regulada*

Se refiere a los asuntos que las personas consideran injustos, a los que les asignan cierta juridicidad, pero que el sistema no reconoce como derecho. Se hizo el esfuerzo de identificar este tipo de fenómenos, pero en el caso colombiano la regulación de derecho no es un problema estructural de la justicia, además el instrumento de encuesta no permite identificar este fenómeno.

Los últimos casos más polémicos relacionados con el déficit de derechos son los referidos al derecho al aborto y al matrimonio igualitario para la población LGBTI. Para el caso de España, un problema jurídico que encaja en este fenómeno es el relacionado con el contrato de hipoteca.

#### 5.5. *Demanda no reconocida o no expresada*

En el caso de este fenómeno, si bien existe el derecho consagrado en la normatividad como bien jurídico tutelado, hay un procedimiento para su reclamación y ejecución de eventual condena, pero el ciudadano no lo identifica como antijurídico o no le otorga la debida trascendencia, por lo que decide no institucionalizarlo<sup>82</sup>.

Algunos derechos son más propensos a no ser expresados ante el sistema judicial ni reclamados ante el ofensor: por ejemplo, en el laboral individual no son demandados los derechos derivados de la relación laboral, de factores salariales o prestaciones sociales, ni las condiciones laborales: dotación, riesgos profesionales, agresiones físicas o verbales. En el plano laboral colectivo la situación es peor, pues no son relevantes los temas de organización de sindicatos, huelgas o convenciones colectivas.

Desde el punto de vista del ejercicio de las libertades políticas y los derechos civiles, sorprende que en una de las naciones de mayor desigualdad social del planeta el ciudadano no apele a la justicia para el reconocimiento de cuestiones como la libertad de expresión o de asociación, las discriminaciones por orientación sexual o identidad de género, o la condición de mujer, por el estado de embarazo, por situación de discapacidad, etnia, creencias religiosas, edad, clase social o procedencia.

Los anteriores fenómenos no son notorios desde el punto de vista de los potenciales usuarios, porque no hay cultura para su reclamación ni hay for-

81 COASE. *El problema del costo social*, cit., p. 101.

82 PNUD. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Ob. cit., p. 27.

mada en la sociedad la conciencia de protección suficiente para este tipo de bienes tutelados.

Diferente es la situación si se analiza desde el punto de vista de la oferta, pues las estadísticas de tutelas que garantizan estos y otros derechos fundamentales son significativas. El 51% de la población general que acudió al poder judicial utilizó la tutela. El 18% de la población en extrema pobreza también la utilizó en ese escaso porcentaje<sup>83</sup>, lo que confirma que el servicio de justicia es entendido y utilizado por la clase media, quedando en situación de vulnerabilidad los menos favorecidos.

### 5.6. *Decaimiento*

Este fenómeno implica que el ciudadano acudió a las autoridades para hacer la reclamación pero terminó abandonando su solicitud. Según las estadísticas, entre la población general retiraron la denuncia quienes acudieron a autoridades administrativas por demora en el proceso en un 36%, y por desconfianza en los funcionarios en un 10,9%. De quienes acudieron a las autoridades judiciales, el 13% se retiró por la demora en el proceso<sup>84</sup>.

Entre la población en extrema pobreza el decaimiento ante autoridad administrativa por demora en el proceso es del 26,4%, y por desconfianza en los funcionarios es del 5,7%. Ante autoridades judiciales el porcentaje es algo más elevado: el 24,1% por demora en el proceso y el 19,6% por pérdida de confianza<sup>85</sup>.

Es de aclarar que la principal razón para retirar la queja, demanda o denuncia está relacionada con un arreglo directo extra proceso con la contraparte, y que los costos no son razón para el decaimiento.

### 5.7. *Barreras de acceso*

Esta ausencia de satisfacción se refiere a barreras de dos tipos: debidas a las condiciones del sujeto: porque desconoce la juridicidad de la situación, al encontrarse inmerso en un sistema de valores, cultura y conocimientos que le impide hacer conciencia de su ciudadanía, o, debidas a que no puede asumir los costos de tiempo, dinero, medios, estrés (15).

– También ocurre que al recibir el servicio de asesoría no contó con una oportunidad autocompositiva antes de iniciar el procedimiento heterocompositivo o judicial, o fue mal orientado o asesorado.

– Respecto de las barreras inherentes al servicio, puede ocurrir que por la asimetría, la contraparte tenga acceso a mejores abogados especialistas o más baratos, que los servicios jurídicos (asistencia jurídica, administrativos

83 Ministerio de Justicia. Ob. cit.

84 *Ibíd.*

85 *Ibíd.*

y jueces) no sean suficientes y próximos al ciudadano, que los ciudadanos sean discriminados por su situación geográfica, condición social, cultural o económica para acceder a los servicios de justicia. O, que los abogados litigantes no ofrezcan alternativas diferentes al pleito judicial.

– Que las autoridades administrativas a donde llega el caso no tengan la autoridad suficiente para tomar una decisión de fondo sobre el verdadero asunto que afecta al ciudadano. Que las herramientas jurídicas con las que cuenta la autoridad no sean suficientes para hacer una lectura de contexto sobre el conflicto y no se logre comprender lo que realmente necesitan las partes.

– Que la decisión judicial o administrativa se dicte pero no se ejecute.

### 5.8. *Victimización*

Para comprender este fenómeno es preciso conocer el concepto de “víctima”. En estricto sentido, “debe tenerse por víctima, a la persona que haya sufrido un daño cierto, real y concreto derivado de la conducta punible, independientemente de que tenga o no la calidad de sujeto pasivo del delito o de que tenga o no vínculos de parentesco con el sujeto pasivo”<sup>86</sup>.

La noción de victimización hace referencia a la continua, exagerada, innecesaria exposición de la víctima ante diferentes escenarios jurisdiccionales para exponer su situación, sin que se actúe entre entidades de manera coordinada, se compartan medios de prueba y se minimicen las consecuencias negativas que el trámite jurídico le genera a aquella.

### 5.9. *Impunidad*

De acuerdo a la encuesta LAPOP (2008) solo el 46.4% de las víctimas encuestadas denunciaron un delito. La no denuncia responde a varias causas:

– Falta de credibilidad en el sistema de justicia: de acuerdo con la encuesta, el 56,7% de los encuestados no denuncian porque consideran “que no sirve para nada”.

– Desconocimiento de la población acerca de sus derechos y de la institución a la que debe acudir, y distancias para acceder al operador de justicia más cercano<sup>87</sup>.

– Incumplimiento de acuerdos, laudos y fallos (21).

86 Fiscalía General de la Nación. *Principio de Oportunidad, bases conceptuales para su aplicación*, cit., p. 69.

87 PAOLA BUENDÍA GARCÍA: Directora de Justicia, Seguridad y Defensa. Departamento Nacional de Planeación de Colombia. “Visión Colombia II Centenario 2019. Garantizar una justicia eficiente”, Bogotá, 17 de febrero de 2010.

### 5.10. Explosión de litigiosidad

*“Un sistema colapsado tiende a rechazar tramitaciones”.*

Entre las principales preocupaciones para la administración de justicia está la “propensión al litigio”<sup>88</sup> derivada de la “función promocional del derecho”, esto es, de la actividad propia del sistema que provoca un crecimiento exponencial de necesidades jurídicas y la consecuente imposibilidad del sistema para resolverla. Las cifras de Colombia son muestra de la dimensión que enfrentan los responsables del sector justicia para brindar acceso pronto y oportuno.

### 5.11. Litigiosidad en fuga

La explosión de la litigiosidad conduce a que los jueces y demás operadores judiciales asuman de manera inconsciente comportamientos evasivos; al rechazo de demandas y de competencia, al retardo del expediente al despacho, a no solicitar pruebas, a negar pretensiones, a despachos comisorios a otras autoridades, a conductas que provocan en la opinión la idea de imposibilidad de gestionar las causas ante los despachos judiciales.

Estos comportamientos hacen que el poder judicial mantenga estático el nivel de demanda, mientras en el poder ejecutivo ante algunas autoridades administrativas del sector justicia la demanda crece. Tendrán entonces que asumir procedimientos que distraigan el conflicto sin tomar decisiones de fondo sobre el mismo.

## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Presentado el anterior panorama hecho a partir de un estado del arte de los estudios para la paz y la gestión del conflicto, la sociología jurídica y las estadísticas sobre acceso a la justicia, se proponen las siguientes reflexiones para debatir:

– Contrario a lo que se creía, el sistema judicial es la excepción para resolver los problemas jurídicos de la sociedad: en su conjunto actúa como un recurso de casación sobre una minúscula muestra, pues en el caso de la población general solo el 1,2% de los problemas jurídicos accede al conocimiento de los jueces, y en población en extrema pobreza lo hace el 1,4%, siendo cinco veces superior entre los empresarios (5,8%).

– Si bien es cierto que el sistema judicial es público y gratuito, previamente el mercado hace una selección natural a través de los abogados litigantes, quienes además de valorar el contenido jurídico examinan el provecho económico, litigando solamente los casos en donde las partes están dispuestas a

88 DE SOUSA SANTOS. Ob. cit., p. 119.

pagar el costo de sus honorarios. No existe regulación ni promoción eficiente para que los particulares acudan a la autoridad judicial sin representación de abogado. Salvo por la acción de tutela, se puede decir que no hay proximidad de los jueces con las comunidades a las que administran justicia.

– Ante la fuga de litigiosidad y la imposibilidad de someter los problemas jurídicos a la jurisdicción, el poder ejecutivo soporta mayor carga de litigiosidad, recibiendo quejas o reclamaciones respecto de las cuales no está autorizado constitucionalmente para tomar decisiones de fondo, lo que genera en algunos casos victimización y pérdida de confianza en las instituciones.

– Ninguna causa es pequeña: las sinergias que el sistema jurídico produce hacen que las mal denominadas “pequeñas causas” no tengan justicia. De hecho hay mensajes institucionales que rechazan la pequeña causa por considerar que los asuntos de mayor cuantía, es decir, los de la población que tiene medios para pagar los servicios de justicia, son más importantes: “existe una gran cantidad de procesos denominados ‘de menor cuantía’ o ‘pequeñas causas’ que, al ingresar al sistema de justicia, congestionan los despachos judiciales, lo que a su vez impide un trámite oportuno y ágil para procesos de mayor envergadura”<sup>89</sup>.

– GHERALDI advierte que promover el uso del sistema judicial puede llevar al extremo de judicializar todo, lo que también puede ser un error, ya que administrativa y socialmente deben darse las oportunidades para que se desarrollen otra serie de conflictos; ningún Estado puede ponerle a cada ciudadano un abogado, lo que sí puede promover es la forma de involucrar al ciudadano con la justicia, ofreciendo más educación jurídica, simplificando procedimientos para permitir su participación en el proceso, estimulando el uso de MASC, especialmente en aquellos conflictos donde las partes son iguales y ninguno de los extremos puede perjudicar al otro<sup>90</sup>.

– Sin embargo, simbólicamente los ciudadanos otorgan al poder administrativo y al judicial el mismo efecto coactivo de autoridad; no hay distinción entre la orden de un juez, la propuesta o sugerencia de un procurador, comisario de familia o personero que quede plasmada en un acta de conciliación, o la persuasión de un policía en una actividad de su competencia. De hecho, los resultados demostraron que las decisiones judiciales, administrativas y las conciliaciones celebradas ante autoridades administrativas se cumplen en amplio porcentaje.

89 “De acuerdo con el Consejo Superior de la Judicatura, las causas de la congestión judicial no sólo se encuentran en la gestión misma de los despachos judiciales, tiene otros orígenes como mecanismos procesales inadecuados, insuficientes o revestidos de excesivo formalismo; la gestión en ocasiones inapropiada de agentes externos como la Procuraduría, la Defensoría y el ICBF, y la expedición de actos administrativos por parte del Ejecutivo sin considerar la reiterada jurisprudencia sobre asuntos similares, entre otros”: Departamento Nacional de Planeación de Colombia. “Visión Colombia II Centenario 2019, Garantizar una justicia eficiente”, versión de 2004.

90 GHERALDI. Ob. cit., p. 104.

– Después de dos décadas de la vigencia de la Ley 23 de 1991, es evidente que hay desarrollo del uso de procedimientos diferentes al judicial a través de la conciliación: así se resolvió el 9,4% de los problemas jurídicos de la población general, el 10,7% de los problemas de la población en extrema pobreza y el 12.3% de los correspondientes a los empresarios. Sin embargo, la formalización de los MASC hace que estas opciones se vean como un trámite que forma parte del sistema judicial, no obstante ser administradas también por operadores jurídicos particulares.

– Por lo tanto, cuando se habla de conciliación extrajudicial en derecho, no se puede considerar como “mecanismo alternativo”, y en realidad es mejor que no lo sea, puesto que la visión de la justicia es una sola y el éxito de la gestión de un mecanismo tan formalizado depende de la eficacia del sistema judicial. Además, el estudio demuestra que no se presentan barreras de acceso a la justicia por mala prestación del servicio, los problemas son otros.

– Sin embargo el desarrollo de los MASC ofrece un nuevo conocimiento y un saber hacer, en donde hasta los litigios más complicados son susceptibles de un abordaje por consenso. De hecho, las políticas públicas comienzan a introducir elementos de la teoría de la gestión del conflicto para operadores jurídicos, incluidos los judiciales.

– Al margen de lo que ocurre con los MASC, las estadísticas demuestran que el 34% de la población general, el 31% de la población en extrema pobreza y el 17% de las empresas resuelven los problemas jurídicos mediante “arreglo directo”, es decir que acuden a formas de regulación y gestión comunitaria o de mercado, en todo caso formas diferentes a las ofrecidas por el Estado, lo que significa que los ciudadanos pueden participar en la gestión de los conflictos, y ello hace indispensable construir más condiciones de legitimidad e institucionalidad.

– El gran inconveniente para que los particulares participen activamente en la gestión de los conflictos es la ausencia de coacción de los MASC, pues estos carecen de la fuerza simbólica que tienen las autoridades del Estado para mantener el orden y el cumplimiento de normas y estatutos. Lo anterior hace que únicamente acudan a ellos personas con un alto nivel de ciudadanía, pues los demás prefieren sostener los juegos de poder y sacar beneficio de las asimetrías que provoca el conflicto.

– Una fórmula es la prestación de servicios mixtos, donde el usuario entra por una puerta institucional como las de las casas de justicia, despachos municipales de justicia, o policía, en donde se cumplen labores de secretaría técnica y, mediante la organización de un voluntariado de vecinos reconocidos y formados como el de los jueces de paz y conciliadores en equidad, se pueden tomar decisiones, especialmente en asuntos vecinales.

– El problema más estructural del acceso a la justicia no está en la congestión judicial ni en las instancias administrativas, sino en el escandaloso porcentaje de necesidades jurídicas ante las cuales los ciudadanos no hacen nada para

solucionarlas y se resignan. La razón más común para dejar las injusticias así es la falta de medios para iniciar una acción o la falta de pruebas. Estas NJI se presentan en el 51,9% de los problemas jurídicos de la población general, el 66,7% de la población en extrema pobreza y el 23% de los empresarios, e involucran todas las dimensiones del individuo y todas las áreas del derecho, penal, laboral, civil, administrativo, etc.

La resignación es un área de caos difícil de contener que aumenta la conflictividad, perpetúa y empodera al crimen organizado, frena el intercambio de bienes y servicios, entre otras muchas consecuencias nefastas para la paz social. Es un círculo vicioso para cuya solución se requiere obviamente de la participación de los ciudadanos en la gestión de lo público, tanto en las actividades de resolución de conflictos como en la construcción de tejido social y comunitario.

– A problemas estructurales soluciones estructurales: ahora que el Estado, a través de las técnicas de encuesta, puede ver el bosque, sabe que los problemas no se concentran en la “rama” y debe empezar a replantear la manera como en Colombia se administra justicia, a mejorar la respuesta de las instituciones disminuyendo actores procesales y aumentando el número y la eficiencia de los juzgados.

– La última reflexión que dejamos planteada es el pretexto que hace justificable la presentación de un artículo de esta naturaleza en una revista de derecho público, y es la relacionada con la pregunta: ¿acaso está el derecho público en retirada? En terrenos donde alcanzó grandes controles, como el campo laboral o penal, se empiezan a proponer acuerdos basados en la autonomía de la voluntad. Mi respuesta, desde luego, es que depende: si la referencia es a ciudadanos que, ante problemas jurídicos y grandes asimetrías de poder, no hacen nada para solucionarlos, es imperativa la intervención del Estado; si, por el contrario, los problemas ocurren entre gentes que reúnen condiciones de ciudadanía, es más probable que su conflictividad sea gestionada por sus propias redes.

## REFERENCIAS

### *Libros*

ARDILA, ÉDGAR. *¿A dónde va la justicia en equidad en Colombia?*, Bogotá, C. Región, Bogotá, 2006.

ARNAUD., J. y FARIÑAS DULCE, M. *Sistemas Jurídicos, elementos para un análisis sociológico*, U. C. III, Madrid, 1996.

BONAFE SCHMITT, JEAN PIERRE, con la colaboración de C. GERARD, D. PICON y P. PORCHER; traducción y adaptación de F.J. CABALLERO HARRIET y A.I. IRIZAR GÓMEZ. *Las Justi-*

*cias de lo cotidiano. Los modos formales e Informales de regulación de los pequeños conflictos*, Laboratorio de Psicología Jurídica, San Sebastián, 1988.

- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Teoría General del Derecho*, Comares, Granada, 2003.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Uteha, Buenos Aires, 1994.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo nace el derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, 1959.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, vol. I y II, Madrid, 2005.
- DURTOL, JOHN. *¿Qué es el capital social comunitario?*, Cepal, Santiago, 2000.
- FISAS, VICENÇ. *Cultura de paz y gestión de conflictos*, INESCO, Barcelona, 2006.
- GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL. *Criterios para la solución de conflictos de intereses*, Universidad Complutense de Madrid, 1991.
- GHERARDI, NATALIA. “Notas sobre acceso a la Justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?”, en *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad, instituciones, actores y experiencias comparadas*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006.
- GRASA, RAFAEL. *Cincuenta años de evolución de investigación para la paz, tendencia, propuestas para observar, investigar y actuar*, Generalidad de Catalunya. Barcelona, 2010.
- GUERRA CURVELO, WEILDLER. *La disputa y la palabra: la ley en la sociedad Wayuú*, Ministerio de Cultura, Bogotá, 2002.
- HINESTROSA, FERNANDO. Conferencia “El contrato frente al Código de Comercio”, *Contrato, codificación, autonomía privada, buena fe, justicia contractual, consensualismo*, Legis, Bogotá, 2009.
- LEDERACH, JUAN PABLO. *Enredos, pleitos y problemas*, Clara, Bogotá, 1993.
- LEDERACH, JUAN PABLO. *Preparing for Peace: Confliction Transformation across Cultures*, University Press, Syracuse, 1995.
- RODRÍGUEZ ESTRADA, M. y SERRALDE, M. *Asertividad para negociar*, México, McGraw-Hill, 1991; disponible en [<http://site.ebrary.com/lib/univgranada/Doc?id=10436506&ppg=18>], citado 25 de abril de 2013].
- SÁNCHEZ, G.R. *Elementos formativos del derecho en Europa: germánico, romano, canónico*, Román, Granada, 1975.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Sociología jurídica para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid, 2009.

## Revistas

- BENAVIDES, JOSÉ LUIS y ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN. “La justificación de los recursos administrativos”, *Revista Derecho del Estado* n° 29, Bogotá, 2012, disponible

en: [<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3293/3068>], citado el 2 de mayo de 2013.

RODRÍGUEZ, ESTHER PASCUAL. *La mediación en el sistema penal*, Universidad Complutense de Madrid, tesis doctoral, 2012, disponible en: [<http://eprints.ucm.es/16592/1/T33979.pdf>].

### *Normas*

Ley 23 de 1991.

Ley 640 de 2001.

SIC (Sistema de Información de la Conciliación) por los Centros de Conciliación vigilados, disponible en [[http://www.conciliacion.gov.co/paginas\\_detalle.aspx?idp=161](http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=161)]. Directiva 2008/52/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008.

Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de España.

### *Instituciones Nacionales e Internacionales*

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005.

Consejo Superior de la Judicatura. Informe al Congreso de la República 2010 -2011, Bogotá, 2011, disponible en: [2011<http://www.ramajudicial.gov.co/cs/j/downloads/User-Files/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/publicaciones/2010-2011%20DOCUMENTO%20EJECUTIVO%20INFORME%20AL%20CONGRESO%20version%20Mayo%2026.pdf>], citado el 13 de abril de 2013.

Corporación Excelencia en la Justicia. “Tasa de abogados por habitantes en Colombia y el mundo”, *Reporte de justicia en las Américas 2008-2009*, disponible en [<http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justiciometros/2586-tasa-de-abogados-por-habitantes-en-colombia-y-el-mundo>], citado el 14 de mayo de 2012.

Fiscalía General de la Nación. Principio de Oportunidad, bases conceptuales para su aplicación. Bogotá., 2010., p. 122. disponible en [<http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/PrincipiodeOportunidad.pdf>], [citado 14 may. 2013.

Fedesarrollo para el Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. Desarrollo de una metodología para la identificación de Necesidades Insatisfechas de Resolución de Conflictos (NIRC), Bogotá, 27 de junio de 2008, disponible en [[http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Desarrollo-de-una-metodolog%C3%ADa-para-la-identificaci%C3%B3n-de-NIRC-Informe\\_Final\\_NIRC\\_Junio\\_27.pdf](http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Desarrollo-de-una-metodolog%C3%ADa-para-la-identificaci%C3%B3n-de-NIRC-Informe_Final_NIRC_Junio_27.pdf)], citado el 1º de mayo de 2013.

Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, agosto de 2013, disponible en: [<http://encuestaminjusticia.co/index.php/instrumentos1/89-encuesta/135-resultados-cuantitativos-de-la-encuesta>], citado el 28 de agosto de 2013.

Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. *Competencias Ciudadanas*, Bogotá, disponible en [<http://www.mineduacion.gov.co/1621/w3-article-235147.html>. From]

Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre la situación de los órganos judiciales, España, 2012.

PNUD. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Manual de políticas públicas para el acceso a la Justicia*, Buenos Aires, Instituto Talcahuano, 2005.